

ROBERTA DE FÁTIMA ALVES PINHEIRO

A PRIORIDADE ABSOLUTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: cognição do art. 227 como  
princípio-garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em  
Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como  
requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Djason Barbosa Cunha.

**Natal/RN**

**2006**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ROBERTA DE FÁTIMA ALVES PINHEIRO

A PRIORIDADE ABSOLUTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: cognição do art. 227 como  
princípio-garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em  
Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como  
requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 18 de Agosto de 2006.

BANCA EXAMINADORA

---

PROF. DOUTOR DJASON BARBOSA CUNHA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

---

PROF. DOUTOR JAHYR PHILIPPE BICHARA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

---

PROF. DOUTOR EDUARDO RAMALHO RABENHORST  
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Ao meu pai Joari, à minha mãe Fátima e aos meus irmãos Zuza, Jó e Tiago, por tudo o que sou.

Ao Ministério Público Estadual do RN, por ter me proporcionado os instrumentos para lutar pela implementação dos princípios de Justiça.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos professores da Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pelos ensinamentos e pelo estímulo à reflexão.

Aos professores visitantes que fizeram parte do curso e contribuíram com suas experiências e pesquisas para o aprimorar o meu pensamento.

Ao amigo Maurício de Medeiros Melo, pela paciência com que me ouvia nos momentos de inspiração e de desespero, e à amiga Núbia Eliane de Souza Diógenes, pela compreensão e pelo apoio incondicional.

A todas as pessoas que contribuíram para a realização deste sonho.

*“E, lançando mão de uma criança, pô-la no meio deles e, tomando-a nos seus braços, disse-lhes: Qualquer que receber uma destas crianças em meu nome, a mim me recebe; e qualquer que a mim me receber, recebe, não a mim, mas ao que me enviou.”* (Novo Testamento. Marcos, 9: 36-37).

*“... Em vez da eternidade, a história; em vez do determinismo, a imprevisibilidade; em vez do mecanicismo, a interpenetração, a espontaneidade e a auto-organização; em vez da reversibilidade, a irreversibilidade e a evolução; em vez da ordem, a desordem; em vez da necessidade, a criatividade e o acidente...”* (Boaventura de Souza Santos, 2003)

*“Quien está interesado em corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también em democracia e igualmente tendrá que estarlo em derechos fundamentales e derechos humanos.”*  
(Robert Alexy, 2004).

*“O que há de essencial no Direito é o problema de seu conteúdo existencial.”*  
(Miguel Reale, 1994,).

## RESUMO

O estudo aqui compreende a análise do princípio de garantia constitucional da Prioridade Absoluta dos direitos fundamentais de crianças e de adolescentes no que se refere ao seu sentido, alcance, conteúdo, destinatários e eficácia. Assim, inicia-se com o estudo da Constituição, texto no qual se encontra inserido o princípio em exame, oportunidade em que se verifica o conceito e concepções da Constituição, teorias, funções, força normativa e sentimento constitucional. Em seguida, analisa-se a teoria dos direitos fundamentais, enfocando sua origem, fundamentabilidade, funções, proteção, restrições, deveres, características e eficácia. Depois, envereda-se na seara dos princípios em geral, momento em que se debruça sobre o conceito, evolução, funções, classificação e características. Finalmente, aprecia-se o princípio da Prioridade Absoluta, abordando o significado e alcance, a força normativa e fundamentabilidade, precedentes históricos, regras concretizadoras, destinatários e força vinculativa e aplicabilidade.

Palavra-chave: Prioridade absoluta; princípio jurídico; garantia constitucional.

## ABSTRACT

The study undertakes the analysis of the constitutional warranty principle of the Absolute Priority of the children and adolescents fundamental rights concerning to the sense, reach, content, addressees and effectiveness. Then, we begin with the study of the Constitution, text where is inserted the principle on examination, opportunity on which it verifies the concept and conceptions of the Constitution, theories, functions, its normative power and the constitutional feeling. Soon after, the fundamental rights theory is analyzed, focusing on its origin, importance, functions, protection, restrictions, duties, characteristics and effectiveness. Then, it is led in general to the place of the principles, moment that leans to their concept, evolution, functions, classification and characteristics. Finally, it is appreciated the principle of the Absolute Priority approaching to the meaning and reach, the normative force and importance, historical precedents, materialize rules, addressees and its normative power and enforcement.

Keywords: Absolute Priority; principles; constitutional warranty.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO: DEFINIÇÃO DO TEMA .....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>A CONSTITUIÇÃO E SEU CARÁTER GARANTISTA .....</b>	<b>18</b>
2.1	CONCEITO E CONCEPÇÕES .....	22
2.2	TEORIA (S) DA CONSTITUIÇÃO .....	27
2.3	AS FUNÇÕES DE UMA CONSTITUIÇÃO .....	31
2.4	FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO .....	34
2.5	A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL .....	38
<b>3</b>	<b>TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>44</b>
3.1	SOBRE A AUTONOMIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OUTRAS CONSIDERAÇÕES .....	47
3.2	ORIGEM HISTÓRICA E EVOLUÇÃO – CONSTITUCIONALISMO .....	58
3.3	FUNDAMENTAÇÃO, FUNDAMENTABILIDADE E FUNÇÕES.....	61
3.4	A PROTEÇÃO E AS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	65
3.5	DEVERES FUNDAMENTAIS .....	74
3.6	CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	76

3.7	EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	82
3.7.1	<b>Eficácia das Normas Constitucionais em geral: terminologia e classificação .</b>	<b>84</b>
3.7.2	<b>O princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais e vinculação dos Poderes Públicos e dos particulares aos direitos fundamentais .....</b>	<b>88</b>
3.7.3	<b>Omissão dos Direitos Fundamentais e sua Proteção Judicial .....</b>	<b>93</b>
4	<b>NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS E REGRAS .....</b>	<b>99</b>
4.1	VALORES E PRINCÍPIOS JURÍDICOS .....	101
4.2	JUSNATURALISMO, POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO .....	109
4.3	FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS .....	111
4.4	CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	113
4.5	CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS .....	116
5	<b>A PRIORIDADE ABSOLUTA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL .....</b>	<b>118</b>
5.1	SIGNIFICADO E ALCANCE DA EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL “ABSOLUTA PRIORIDADE” .....	120
5.2	FORÇA NORMATIVA E FUNDAMENTABILIDADE .....	127
5.3	PRECEDENTES HISTÓRICOS .....	130
5.4	REGRAS CONCRETIZADORAS DA PRIORIDADE ABSOLUTA .....	133

5.5 DESTINATÁRIOS DA NORMA E FORÇA VINCULATIVA .....	135
5.6 APLICABILIDADE DA PRIORIDADE ABSOLUTA .....	139
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>147</b>
<b>REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS .....</b>	<b>150</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>151</b>

A criança que fui chora na estrada.  
Deixei-a ali quando vim ser quem sou;  
Mas hoje, vendo que o que sou é nada,  
Quero ir buscar quem fui onde ficou.

Ah, como hei de encontrá-lo? Quem errou  
A vinda tem a regressão errada.  
Já não sei de onde vim nem onde estou.  
De o não saber, minha alma está parada.

Se ao menos atingir neste lugar  
Um alto monte, de onde possa enfim  
O que esqueci, olhando-o, relembrar,

Na ausência, ao menos, saberei de mim,  
E, ao ver tal qual fui ao longe, achar  
Em mim um pouco de quando era assim.

Fernando Pessoa. *Obra completa.*

Editora Nova Aguilar, Rio de Janeiro, 1986.

## 1. INTRODUÇÃO: DEFINIÇÃO DO TEMA

Sabe-se que, num Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>, os valores humanos, o bem-comum e o bem individual são de relevância ímpar e razão única para a constante busca de aperfeiçoamento das instituições e do próprio homem.

Nestas circunstâncias, a ética, como ciência que reflete o juízo moral, tem papel fundamental dentro desse novo modelo de Estado, uma vez que busca melhorar e ver implementados os bons valores que uma comunidade nutre para o desenvolvimento harmônico e saudável das pessoas que nela vive.

Decorre assim, o constante debate acerca da relação entre o direito e a moral, sendo célebre o conceito de Direito como o mínimo ético, representado pelos círculos concêntricos.<sup>2</sup>

Por isto, os princípios jurídicos, como normas em que se consubstanciam os valores da sociedade, têm seu espaço destacado neste atual momento do Direito, assim como os direitos e as garantias fundamentais que, pela importância, assumem a forma principiológica.

Neste cenário, o presente trabalho tem por objeto principal a investigação do princípio constitucional da “Prioridade Absoluta”<sup>3</sup> descrito no art. 227, da CRFB/88 que, na

---

<sup>1</sup> A expressão Estado de Direito, que significa o Estado regido por leis, vem acrescida pelos adjetivos Democrático e Social numa verdadeira demonstração de aperfeiçoamento e evolução das instituições. Aqui, preferiu-se a expressão Estado Democrático de Direito em detrimento de Estado Social e Democrático de Direito, por se entender que o Brasil ainda não chegou neste último estágio, e a norma objeto de análise trata de princípio inserido no ordenamento jurídico brasileiro, embora originada de normas internacionais.

<sup>2</sup> Sobre este assunto ver: Herbert L. A. Hart, o Conceito de Direito, cap. IX; Robert Alexy e Eugenio Bulygin, La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho e moral.

qualidade de garantia fundamental, é um critério eleito pelo legislador constituinte, após provocação popular, para nortear e reger as questões atinentes à infância e à juventude.

A pretensão é buscar o sentido e o alcance, a abrangência, os fundamentos e os destinatários do princípio-garantia da “Prioridade Absoluta” dos direitos fundamentais infante-juvenis no constitucionalismo atual.

Mas, por que escrever sobre o princípio da “Prioridade Absoluta” inserido na Constituição Federal de 1988? Várias são as razões e as causas movedoras da escolha deste tema, podendo ser enumeradas algumas a seguir.

Primeiro, pelo fato de trabalhar com a problemática infância e juventude em face da atividade profissional como titular na 5ª Promotoria de Justiça de Natal, vivenciando tantas questões sem soluções concretas e sempre buscando o cumprimento da norma no que tange à expressão “Prioridade Absoluta”, seja através dos instrumentos jurídicos postos à disposição do Ministério Público para o cumprimento de sua missão de defender a sociedade, tais como, recomendação, termo de ajustamento de conduta, ação civil pública, mandado de segurança, seja através dos meios políticos/sociais como palestras, aulas, reuniões, entrevistas, debates, audiências, entre outros.

Segundo, diante da curiosidade de investigar o sentido, o alcance e a efetividade da “Prioridade Absoluta” como princípio de garantia fundamental e critério de interpretação, norma com características de obrigatoriedade e vinculação, bem como de verificar os seus destinatários e a possibilidade ou não de hierarquização entre estes.

---

<sup>3</sup> A colocação de letras maiúsculas justifica-se em razão de ser o objeto principal da investigação, e o aspeamento dá-se em razão das objeções à expressão que será objeto de análise crítica na quarta parte deste trabalho.

Terceiro, pela escassez de trabalhos especializados sobre esse princípio específico do ramo do Direito da Infância e Juventude e critério interpretativo dos Direitos Fundamentais, que adquiriu novos contornos com a Constituição “cidadã”, seguido do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém pouco estudado e lembrado pelos juízes, administradores e legisladores.

Além disso, nesta fase, denominada por alguns de pós-positivismo ou modernidade avançada, a investigação sobre os princípios ganha destaque dentre os estudiosos, que os reconhecem em sua normatividade, pois a existência já é há muito tempo conhecida, o que levou o jurista cearense BONAVIDES a considerar como o coração do Estado Democrático de Direito, portanto de extrema importância para todos que estudam e lidam com o Direito.

É preciso destacar, ainda, que com o advento do Estatuto do Idoso, promulgado através da Lei nº 10.741/03, inspirado no Estatuto da Criança e do Adolescente, a “Prioridade Absoluta” também é norma ali prevista, chegando a ser questionada qual das duas prioridades tem primazia, existindo, dentre os profissionais, que atuam nesta área, um movimento pela constitucionalização também da “Prioridade Absoluta” dos direitos dos idosos como medida necessária para se fazer cumprir efetivamente a norma.

Ainda, observa-se que, há mais de quinze anos, a Constituição Federal de 1988, seguida do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, realizou generosa e radical modificação no tratamento dado às crianças e aos adolescentes, essencialmente para reconhecer que são sujeitos de direitos e de direitos especiais com “Prioridade Absoluta”, que demandam Proteção Integral, próprias de pessoas em desenvolvimento.

E, no entanto, a efetividade e eficácia das normas referentes aos direitos e garantias fundamentais infanto-juvenis deixam a desejar, conforme se verifica rotineiramente em nosso país, pois constantemente preferem-se outros valores em detrimento dos direitos infanto-juvenis, seja na elaboração de políticas públicas ou no atendimento individualizado.

Neste contexto, a linha de pesquisa escolhida para desenvolvimento deste trabalho está relacionada com a interpretação e concretização constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais, considerado um dos pontos nevrálgicos do Estado Democrático de Direito, ora pela escassez de recursos, ora pelo egoísmo e ambição desenfreadas do poder econômico, que busca cada vez mais o maior lucro em detrimento da satisfação dos direitos humanos.

Pretende-se, assim, verificar a natureza principiológica da expressão “Prioridade Absoluta” e, mais especificamente, a sua constitucionalidade e fundamentabilidade, não deixando de fazer uma análise crítica, para, na qualidade de mandado de otimização, vê-lo implementado e cumprido, já que se trata de um valor almejado pela sociedade, porém carecedor de eficácia, conforme pode se observar no dia-a-dia através do comportamento das pessoas, bem como na elaboração de políticas públicas por parte dos governantes.

Outro ponto relevante é o de investigar quem são os destinatários dessa norma, de modo a fazer-se cumprir a vontade da Constituição e, nesta seqüência, observar a existência ou não de graduação entre os vários destinatários, pois é comum ver sempre um direito fundamental de uma criança ou de um adolescente ser postergado sob o argumento de que primeiro cabe aos pais ou ao poder público ou à sociedade a defesa e a garantia do direito, porém nenhum deles assumem essa tarefa.

Diante dos objetivos acima apresentados, a estrutura dessa pesquisa será feita em quatro partes, a saber: a primeira parte destina-se ao estudo da Constituição, no que tange ao conceito, teoria, função, força normativa, teoria tridimensional do direito e sentimento



constitucional; na segunda parte, analisa-se a Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, no afã de entendê-los e captar a sua essencialidade; a terceira dedica-se aos princípios jurídicos, de modo a situá-los no atual contexto da realidade contemporânea; e na quarta e última, investiga-se a “Prioridade Absoluta” como princípio constitucional de garantia dos direitos fundamentais no âmbito específico dos Direitos da Criança e do Adolescente e como critério de interpretação na Teoria da Argumentação.

O método dialético será utilizado para melhor abordagem do tema, com incisões filosóficas, sociológicas e dogmáticas, uma vez que os valores, os fatos e as normas serão constantemente postos em nível de correlação e complementaridade (daí uma rápida consideração sobre a teoria tridimensional do direito) até se mostrar que é um bom argumento e um adequado critério a “Prioridade Absoluta” no nosso ordenamento jurídico, como um princípio constitucional fundamental de garantias dos direitos infanto-juvenis, que possui vários destinatários no mesmo patamar de obrigação, de cumprimento efetivo e é portador de primazia em relação a qualquer outra preferência alegada e existente tanto no ordenamento jurídico como na elaboração de políticas públicas.

As fontes de estudo foram buscadas através da bibliografia nacional e estrangeira, no afã de entender os institutos teoricamente e mostrar a coerência do sistema jurídico brasileiro com os valores da sociedade a nível local, regional e mundial, além de verificar a jurisprudência dos tribunais superiores, que assimilam o princípio como norma necessária.

Registre-se, ainda, que a bibliografia apresentou-se escassa no que tange ao princípio ora focado, tendo sido feito uma construção a partir do estudo de temas e assuntos correlacionados, a saber, Constituição, Direitos Fundamentais e Princípios Jurídicos, para ao final entender o porquê da “Prioridade Absoluta” dos direitos fundamentais infanto-juvenis.

Analisando a lei, a doutrina e a jurisprudência serão procedidas à sistematização do estudo referente ao princípio da “Prioridade Absoluta”, visando buscar a extensão e alcance de sua efetivação na garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

## 2 A CONSTITUIÇÃO E SEU CARÁTER GARANTISTA

Considerando que o objeto principal desse trabalho refere-se à análise de uma norma constitucional, a saber, a “Prioridade Absoluta” dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes descritos especificamente no art. 227, da CRFB/88, é imprescindível que se busque o conceito e a função de uma Constituição dentro de um Estado, pois somente assim será possível entender o conteúdo e alcance da norma que integra o texto constitucional respectivo.

Neste sentido, BONAVIDES corrobora com tal entendimento anunciando que para entender a natureza e eficácia das normas constitucionais, faz-se necessário determinar o teor doutrinário das Constituições em que estão inseridas, através da análise de sua dimensão histórica, que põe luz em toda a essência e finalidade dos seus institutos.<sup>4</sup>

Registre-se, ainda, que uma **Constituição é o cérebro** de um Estado de Direito, da qual emana e irradia toda a ordem jurídica e política; é a cabeça que rege o Estado. Portanto, é a norma essencial e vital para esse tipo de Estado, cuja deficiência ou insuficiência tornará capenga ou desvirtuado o Estado, com graves e danosas conseqüências para os cidadãos que nele vive.

Como bem expressou CAPPELETTI, *tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma hierarquia das leis, e de garanti-la*<sup>5</sup>, estando hoje no topo dessa hierarquia a Constituição.

---

<sup>4</sup> Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 200.

<sup>5</sup>O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2.ed. – Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p.11.

Na mesma esteira, COMPARATO<sup>6</sup>, analisando a importância de uma Constituição para o Estado desde muito tempo, declara que:

*para o pensamento da Grécia clássica, um Estado não vive sem constituição (politéia). Ela é a alma da pólis, como disse Isócrates. Tem “o mesmo poder do pensamento no corpo: é ela que delibera sobre tudo, que conserva os êxitos e procura evitar as desgraças; é ela que deve servir de modelo às leis, aos oradores e aos simples particulares.*

Também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é de clareza meridiana, quanto à relevância da Constituição em um Estado de Direito, ao afirmar em seu art. 16, que *toda sociedade, em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.*

No entanto, nesse momento de globalização em suas diversas dimensões, a saber, econômica, social, ecológica, informacional, cultural etc<sup>7</sup>, questiona-se qual a verdadeira função de uma Constituição, já que a própria soberania dos Estados está sendo questionada e posta em xeque constantemente por ordens econômicas mundiais e regionais, surgindo novas teorias sobre o assunto, conforme se verá logo em seguida ao mencionar algumas de suas funções.

Constatando essa influência da globalização no constitucionalismo contemporâneo, o constitucionalista lusitano CANOTILHO<sup>8</sup> anunciou a “morte da Constituição dirigente”, tese sua de doutoramento, reconhecendo que, por si só, não pode uma Constituição ser transformadora nem garantidora do Estado de Direito, uma vez que o monopólio do

---

<sup>6</sup> In Réquiem para uma Constituição. <http://www.femperj.org.br/artigos/cons/ac18.htm>. Acesso em 17.10.2004.

<sup>7</sup> Cf. Ulrich Beck. O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas a globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

<sup>8</sup> In Revisar la/o Romper com la Constitución Dirigente? Defensa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. Trad. Francisco Caamaño. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios constitucionales, n. 43. p. 9-23, 1995.

Direito pelo Estado já não é mais possível<sup>9</sup>, e o patriotismo constitucional não subsiste ao atual contexto transnacional e internacional.

Desta feita, verifica-se uma crise paradigmática do Direito, merecendo, pois, serem revistos os modelos constitucionais até agora implementados, já que a dignidade do homem e seu bem-estar, como principal objetivo do Direito, não estão sendo alcançados em sua plenitude.

Por tudo isto, a relevância da Constituição para um Estado de Direito, principalmente quando se quer Democrático e Social, é ululante, merecendo, desse modo, uma análise sistematizada, ainda que perfunctória, dos aspectos que têm importância para a conseqüente análise do princípio da “Prioridade Absoluta”.

Assim, nos próximos tópicos deste capítulo, buscar-se-á o conceito dentro das várias concepções de Constituição, de modo a visualizar os elementos que a compõem. Em seguida, será observada a pretensão da existência de mais de uma Teoria da Constituição ou a sua impossibilidade. Num terceiro momento, analisaremos as funções de uma Constituição num Estado, ressaltando os princípios orientadores que consubstanciam essas funções, dando vida aos seus propósitos. Depois, verificaremos a força normativa da Constituição que tem capacidade vinculatória e obrigatória, mas não apenas política como se pretendeu no passado, constituindo-se tanto um ‘ser’ como um ‘dever ser’. Finalmente, abordaremos a tese do sentimento constitucional do espanhol PABLO LUCAS VERDÚ conjuntamente com a Teoria Tridimensional do Direito do professor MIGUEL REALE, como formas de aplicação e efetivação das normas constitucionais, essenciais para desencadear a força normativa da Constituição.

---

<sup>9</sup> Sobre a crise do monismo jurídico, leia-se Djason B. Della Cunha. Crise do Direito e da regulação jurídica nos Estados constitucionais periféricos: modernização e globalização. Porto Alegre: SAFe, 2003.

É de bom tom colocar que, nesse capítulo, não se tem a pretensão de esgotar os assuntos abordados, pois apenas será feita uma referência aos mesmos, visando a ressaltar a importância da Constituição e seu estudo para melhor entendimento das normas que a compõe, e no caso específico, a questão da “Prioridade Absoluta” dos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes.

## 2.1 Conceito e Concepções

A expressão ‘constituição’ possui vários significados. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA<sup>10</sup> descreve os vários sentidos dessa expressão da seguinte forma:

*ato de constituir, de estabelecer, de firmar; organização; compleição corporal; formação; lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas relativas à formação dos poderes públicos, forma de governo, distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos, etc. (também chamada de carta constitucional); conjunto de preceitos reguladores de uma instituição, corporação, etc; estatuto; ordenação; (Biotip.) conjunto dos caracteres morfo-físico-patológicos, hereditários e adquiridos, de um indivíduo (grifos nossos).*

No âmbito do Direito Constitucional<sup>11</sup>, tema que nos interessa neste momento, a Constituição, lei fundamental e maior do Estado, também tem vários conceitos, sendo constantemente acompanhada de adjetivos, tais como, “jurídica”, “política”, “histórica”, “cidadã”, dentre outros, tendo já se afirmado que, conforme o conceito de Constituição adotado, será identificado a concepção de Estado a que se filia o seu autor.

Verifica-se, ao longo da história, que diversos conceitos de Constituição foram apresentados por estudiosos, e estes sempre ressaltavam apenas um aspecto da Carta ou o momento histórico em que estavam vivendo. Vejamos:

Para JOHN LOCKE (1632-1704), filósofo inglês, Constituição é o pacto social firmado entre o povo e o rei. JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778), filósofo francês, disse que Constituição é um contrato social firmado pelos indivíduos entre si.

---

<sup>10</sup> Novo Dicionário da Língua Portuguesa.

<sup>11</sup> A economia, a sociologia, a filosofia, a política, a história também estuda a Constituição sob perspectiva e métodos próprios.

Por sua vez, juristas contemporâneos dão outro enfoque, voltado mais para a proteção dos direitos fundamentais e limitação do poder público, objetivos defendidos desde a Revolução Francesa. Dentre estes, pode ser citado COMPARATO<sup>12</sup> que diz:

*A Constituição moderna é um instrumento de defesa dos governados contra os governantes. Se ela não exerce esse papel, se ela se limita a suprimir os freios ou obstáculos ao exercício do poder em nome da governabilidade, não se está diante de uma Constituição.*

CANOTILHO<sup>13</sup>, antes de abordar a categoria jurídico-política da Constituição, procede a um estudo sistemático dos ‘ciclos longos’ da idéia constitucional, afirmando que a origem do constitucionalismo (ideologia) moderno tem diversas raízes, a partir do século XVIII, sendo, por isso, mais apropriado falar em constitucionalismos, visto que nos movimentos anteriores a este período, a denominação recebida era de constitucionalismo antigo. A partir daí, define por Constituição moderna a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.

Vê-se, pois, que são vários os conceitos com diferentes enfoques. Mesmo assim, o juiz JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO<sup>14</sup> afirma que a tendência atual é de apenas um conceito de Constituição com várias concepções, podendo-se dá enfoque ao lado descritivo dos fenômenos sociais constitutivos das relações de poder ou do conjunto de normas fundamentais.

---

<sup>12</sup> *Op. Cit.*, s.n.p.

<sup>13</sup> Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51/52.

<sup>14</sup> A Constituição reinventada: pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 09.



Numa visão contemporânea, distinguindo o mundo do ‘ser’ do ‘dever ser’, divide-se a Constituição em sentido material e formal,<sup>15</sup> conforme se constata, exemplificadamente, nos constitucionalistas abaixo citados.

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>16</sup> diz que a Constituição, em sentido formal, é a peculiar forma de existir do Estado, reduzida a um ou mais documentos solenemente estabelecidos pelo poder constituinte e somente modificáveis por processos e formalidades especiais previstos no texto constitucional. Desta feita, todas as normas inseridas neste documento, elaborado pelo poder constituinte, são constitucionais, independentemente do conteúdo.

BONAVIDES<sup>17</sup> define a Constituição em sentido material dizendo que *é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais*. Assim, as demais normas que se refiram a outros direitos não são materialmente constitucionais.

Outras concepções de Constituição, desenvolvidas no século XX, que se destacam no estudo teórico da mesma são três, a saber:

A **concepção política de Constituição**, que tem em CARL SCHMITT (1888-1985) o seu representante maior, pois, para ele, esta seria a *decisão política fundamental*, oportunidade em que faz distinção entre constituição e leis constitucionais.

RUDOLF SMEND (1892-1975), um dos fundadores da **concepção sociológica da Constituição**, inspirado em FERDINAND LASSALLE (1825-1864), tem a Constituição como um

---

<sup>15</sup> O professor Ivo Dantas considera os conceitos material e formal da Constituição suficientes, a despeito da variedade de tipologias conceituais, por esclarecer o conteúdo ideológico, sociológico, filosófico e histórico desse documento, além de destacar as características próprias. Cf. O valor da Constituição..., p. 13.

<sup>16</sup> Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 63.

*fato sociológico*. Em 1928, ele construiu um conceito de Constituição como portadora de uma concepção de vida e de sistema de valores dentro de uma realidade cultural, de modo a abrir um novo caminho para o constitucionalismo moderno.

HANS KELSEN (1881-1973)<sup>18</sup>, o maior representante da **concepção jurídica da Constituição**, com sua feição positivista, afirmou ser a Constituição o escalão do Direito Positivo mais elevado, o qual regula a produção das normas jurídicas gerais. O positivista do Círculo de Viena afirmou ser a Constituição a ordem jurídica fundamental do Estado.

Quanto a essa última concepção, atualmente bastante criticada por ser reducionista, BONAVIDES<sup>19</sup>, com propriedade e lucidez que lhe é apanágio, em poucas linhas descreve-a, merecendo transcrição suas palavras, senão vejamos:

*Um dos traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, [...] conduzido às últimas conseqüências por Kelsen, [...] é abreviar as reflexões sobre a Constituição para reduzi-la a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos.*

Vê-se, pois, pelos destaques acima explicitados, que o estudo da Constituição é imprescindível para o Direito de um modo geral, pois a partir dela se identifica o tipo de Estado, entende-se as normas jurídicas que a compõem e interpreta-se todo o ordenamento jurídico, buscando-se atingir a tão almejada efetividade social das normas elaboradas para a satisfação do bem-estar dos homens.

Verifica-se, ainda, que a ênfase dada a qualquer uma das concepções referidas acima é insuficiente para entender o verdadeiro significado de uma Constituição num Estado de Direito, sendo necessário uma múltipla abordagem, conforme se observará logo em seguida, com a análise das teorias da Constituição.

---

<sup>18</sup> Teoria Pura do Direito, p. 247.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 148.

Ratificando a multidisciplinariedade necessária para o estudo da matéria, é o conceito estrutural de Constituição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que critica as concepções sociológica, política e normativa pura, pela unilateralidade que apresentam. Segundo este autor<sup>20</sup>:

*A constituição seria, pois, algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder.*

Em resumo, nos tempos de pós-modernidade, sabe-se que as complexidades das instituições estão presentes e merecem atenção dos estudiosos para melhor entender e apresentar soluções aos problemas que se colocam à frente para reflexão e resoluções, não sendo diferente com a Constituição.

---

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 31/36.

## 2.2 Teoria (s) da Constituição

O termo ‘teoria’ traduz um conjunto sistemático de entendimento aceito sobre determinada arte ou ciência. Do grego *theoría*, significa ação de contemplar, examinar; é o estudo de determinado objeto. Desta feita, teoria da Constituição é o estudo da Constituição, devidamente sistematizado e aceito pelos estudiosos da matéria, que culminou com o fenômeno denominado de constitucionalismo.

Registre-se que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao Direito, um Estado regido por leis, um Estado fundamentado na Separação de Poderes, um Estado que respeite os direitos dos cidadãos. Daí, afirmar-se que sua origem está ligada à Constituição dos Estados Unidos, de 1787, e à Constituição da França, de 1791, ambas assumidas na forma escrita e rígida<sup>21</sup>.

A primeira leva de Constituições escritas (século XVIII), marcadamente revolucionárias, de inspiração jusnaturalista, de feição rígida, escrita e formal, decorrentes da doutrina do liberalismo, que tinha profunda desconfiança no poder absoluto e pregava a valorização da burguesia e do individualismo, gerou um distanciamento entre o Estado e a Sociedade. Tais Constituições apresentavam-se com um conceito político e filosófico.

Somente no século XIX, as Constituições adquiriram conceito jurídico próprio do Estado de Direito, sendo consideradas normas com capacidade de obrigar, permitir e proibir, e não apenas declarar, orientar ou recomendar como se pretendia inicialmente.

---

<sup>21</sup> Constituição escrita é aquela que se consubstancia num documento elaborado por órgão competente, contrapondo-se à Constituição não-escrita, que é aquela decorrente dos costumes e de decisões judiciais. Já Constituição rígida é aquela que não pode ser modificada ou quando o pode, exige procedimento especial mais rigoroso.

Porém, no século XX é que as Constituições se apresentam impregnadas do socialismo, tendo em seu arcabouço as chamadas normas programáticas, cuja normatividade é questionada por muitos, embora prevaleça o entendimento doutrinário do valor jurídico dessas normas.

Vê-se, pois, que foram várias as Teorias da Constituição, sofrendo modificações e evoluções ao longo desses três séculos, algumas de concepção jusnaturalistas, outras juspositivistas, institucionalistas, historicistas, marxistas, decisionistas etc.<sup>22</sup>

Assim, há quem defenda a existência de mais de uma Teoria da Constituição. Dentre estes, encontra-se CANOTILHO<sup>23</sup> que, após anunciar a “morte da Constituição Dirigente”, tende em aceitar a existência de mais de uma Teoria da Constituição, em razão das peculiaridades e grau de desenvolvimento dos Estados, no contexto da globalização econômica e da integração regional, afirmando em videoconferência que, a certa altura, começou a sentir a necessidade de um novo diálogo, no sentido de não falar em constitucionalismo nem em teoria da Constituição, e sim em constitucionalismos e em teorias da Constituição.

Tal pensamento se justifica pela falta de coincidência de opiniões acerca da verdadeira função de uma Constituição nos Estados modernos, não sendo fácil uma teoria constitucional universalmente válida.

É preciso, no entanto, compreender que cada uma das teorias formada acerca da Constituição trazem sua colaboração e contribuição para o atual estágio do constitucionalismo, sendo correto falar-se em teorias da Constituição.

---

<sup>22</sup> Sobre o resumo das várias concepções de Constituição, leia-se Jorge Miranda. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 340-342.

<sup>23</sup> *Apud* Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Canotilho e a Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33/34.

Doutro lado, alguns autores defendem a existência de uma teoria da Constituição quanto ao núcleo essencial e básico, uma vez que não é possível uma teoria geral e universalmente aceita. Dentre eles, podemos citar BARROSO<sup>24</sup>, que assim se posicionou na conferência com CANOTILHO.

Pela pertinência, tal se verifica com a questão da “Prioridade Absoluta” dos Direitos Fundamentais de Crianças e de Adolescentes que somente existe no texto da Constituição Brasileira, não sendo objeto de outras normas constitucionais de países democráticos ou autoritários, como por exemplo, as Constituições de Portugal, Espanha e Argentina, embora todas essas tenham ratificado a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Quais os motivos, então, para a inclusão dessa norma no texto da nossa Constituição? Será que nos outros países não existem essas causas movedoras para inclusão desse princípio expressamente no texto constitucional? E se existem, por que não foi colocado?

Pois bem. O Brasil caracteriza-se pela necessidade de constitucionalização de direitos e garantias, como forma de impor respeito ao valor destacado e impedir ou dificultar a reforma ou modificação destes, sendo um fenômeno já constatado e objeto de estudo por juristas nacionais e estrangeiros. Exemplo disso, foi destacado na introdução desse trabalho quanto a prioridade absoluta dos direitos dos idosos.

Fenômeno inverso, denominado de desconstitucionalização de direitos e garantias, vem ocorrendo em outros países, por exemplo, a França, que prefere deixar livre a discussão de alguns assuntos, o que seria impossível ou dificultado pela inclusão do direito no texto

---

<sup>24</sup>Apud Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31/33.

constitucional. Tal fato ocorre, principalmente, com dos direitos trabalhistas, atualmente barganhados pelas multinacionais que ditam as regras que melhor lhes convêm, em total menosprezo a Soberania do Estado.

### 2.3 As funções de uma Constituição

A multifuncionalidade da Constituição é realçada pelos estudiosos da matéria, que costumam enumerar várias de suas funções, ora coincidindo, ora diferenciando-se, porém uníssonos na multiplicidade de funções de que são portadoras tais relevantes Cartas.

A existência de mais de uma função da Constituição é constatada desde os primórdios pois, já no início do constitucionalismo moderno, ela surgiu para limitar o poder do monarca e garantir direitos dos súditos, sendo estas suas duas funções básicas e ainda hoje presentes.

Com a evolução desse movimento, as funções foram se multiplicando e constantemente se alterando diante dos novos paradigmas do Estado de Direito, que se encontram em constante mutação em tempos de pós-modernidade, em que as necessidades se multiplicam e se modificam em velocidade, quiçá, supersônica.

CANOTILHO<sup>25</sup> relaciona cinco funções clássicas da Constituição, a saber: função de revelação de consensos fundamentais, função de legitimação da ordem política e do poder, função de garantia e de proteção, função de ordem e ordenação e função de organização do poder político.

A primeira refere-se à “revelação normativa do consenso fundamental” de uma sociedade política, no que tange a princípio, valores e idéias diretivas que orientam os padrões de conduta política e jurídica. Nesta função é que se encontra o **Princípio da Unidade da Constituição**.

---

<sup>25</sup> *Op. cit.* p. 1422.



A segunda dá-se com o esforço de construir uma ordem política com princípios justos (legitimidade) que vinculam juridicamente os titulares do poder e todos que vivem sob essa ordem (legitimação). Observa-se, aqui, o **Princípio de Garantia da Constituição**.

A terceira, vislumbra-se com a constitucionalização dos direitos e liberdades, no afã de retirar do soberano a livre disponibilidade da titularidade e exercício dos direitos fundamentais, que são inerentes aos homens e preexistentes ao Estado. Essa função realiza-se com o **Princípio da Supremacia da Constituição**, que vincula os titulares do poder em termos políticos e jurídicos, limitando a disponibilidade do poder.

A quarta função ocorre porque é a Constituição que organiza juridicamente a instituição social dos vários e diferentes órgãos independentes que formam o Estado, além de orientar todo o sistema normativo por se encontrar no topo da pirâmide, adquirindo a natureza de norma das normas. Dessa função, alguns autores ressaltam a **Teoria de fonte do direito**.

Nesse sentido, merece destaque o comentário de BARROSO<sup>26</sup>, no artigo intitulado “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, acerca do novo papel da Constituição em tempos de pós-positivismo, em que deixa de ser:

*apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas é também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como ‘filtragem constitucional’, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.*

Finalmente, é próprio da Constituição criar órgãos constitucionais e, conseqüentemente, definir as competências e atribuições desses órgãos, além de estabelecer os princípios estruturantes da organização do poder político. Eis a **Função orgânica de uma Constituição**.

---

<sup>26</sup> In: Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 340.

Pela propriedade das palavras empregadas, é interessante transcrever, aqui, o comentário de VERDÚ<sup>27</sup>. sobre a função da Constituição, local em que se

*estabelece as regras para atuação e a decisão políticas, subministra as pautas de orientação política, ainda que não constitua esta última. É função da Constituição escrita racionalizar e estabilizar, garantir e tornar possível, construir e limitar um processo político livre, além de assegurar a liberdade individual.*

Percebe-se, pelas palavras dos juristas nacionais e estrangeiros, que a Constituição de um país é verdadeiramente o cérebro do Estado de Direito, pois é dela que irradia todos os comandos para a organização e realização de um Estado, bem como para a elaboração de políticas públicas pelos agentes políticos, decorrendo daí a necessidade de sua força normativa, conforme se verá a seguir.

---

<sup>27</sup> In: O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 179.

## 2.4 Força Normativa da Constituição

O constitucionalismo contemporâneo tem como principal tarefa determinar o caráter jurídico da Constituição e o grau de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, pois, por muito tempo, discutiu-se essa natureza, tendo muitos estudiosos afirmado que a Constituição era apenas uma carta política, diploma de intenções, documento sem força vinculativa.

Uma Constituição contém normas que expressam os valores da sociedade a qual é dirigida, num determinado tempo, decorrentes da realidade social ou de conquistas de povos e desejada por esses. Desta feita, a conexão entre a Constituição e a realidade é estreita, merecendo, pois, consideração especial esta última, quando realmente se quer ver efetivamente concretizada as normas constitucionais.

Em razão disso, LASSALLE<sup>28</sup>, em 1862, defendeu que a Constituição não é um documento jurídico, e sim político, decorrente dos ‘fatores reais de poder’ que formam a Constituição real de um país, sendo a Constituição jurídica um pedaço de papel que somente terá validade se for compatível com a Constituição real, sob pena de sucumbir.

Em sentido contrário, SIEYÈS em sua Teoria do Poder Constituinte, no ano de 1789, pregava a ‘desconstituição’ da forma monárquica e ‘reconstituição’ de uma nova ordem plasmada numa Constituição, afirmou categoricamente que “uma Constituição é um corpo de leis obrigatório ou não é nada”<sup>29</sup>, ressaltando a natureza jurídica desta norma.

---

<sup>28</sup> O que é uma Constituição. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

<sup>29</sup> *Apud* J J Gomes Canotilho. Direito Constitucional e teoria da constituição. 6.ed. p. 73 e 74.

Entre nós, RUI BARBOSA já afirmava a obrigatoriedade da Constituição e suas normas, não se admitindo, no seu âmbito, expressões desprovidas de vinculação, de sentido e de finalidade.

HESSE,<sup>30</sup> ao criticar a posição de LASSALE, acusa-o de unilateral e antidialético, oportunidade em que enumera dois pressupostos que permitem à Constituição ter força ativa. São eles:

a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, mas seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes e a incorporação do estado espiritual de seu tempo são os requisitos essenciais da força normativa da Constituição. Ademais, é necessário que a Constituição mostre-se capaz de se adequar a uma eventual mudança dessas condicionantes, através do estabelecimento de poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico mostra-se em condições de ser desenvolvido. Do contrário, a constitucionalização de interesses de momentos e particulares exige uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição (fenômeno já constatado no Brasil). Por fim, a Constituição deve incorporar parte da estrutura contrária, e não se apoiar numa estrutura unilateral, a fim de preservar a sua força normativa, pois, frente a um tempo de crise acentuada, perderia sua normatividade.

b) A práxis constitucional também é um importante elemento. A vontade de Constituição partilhada por todos os partícipes da vida constitucional é de fundamental importância. BUCKHARDT diz que aquilo que é identificado como vontade de Constituição

---

<sup>30</sup> A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

deve ser preservado honestamente, ainda que se tenha que renunciar alguns ganhos ou até algumas vantagens justas. A freqüente revisão constitucional, sob o argumento de suposta e inarredável necessidade política, de governabilidade, mostra-se também perigoso para a força normativa da Constituição, pois a sua estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição. Por fim, tem-se a interpretação como fator decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, já que é submetida ao princípio da concretização da norma. A interpretação correta há de contemplar os fatos concretos da vida e as proposições normativas da Constituição, sem se deixar levar pelas mudanças de situação.

HESSE destaca, ainda, a tensão existente entre a realidade e o texto normativo, como dois lados de uma mesma moeda que não pode ser observado isoladamente, sob pena de ser reducionista e impedir a força normativa da Constituição.

Neste sentido, continua HESSE dizendo que a “Constituição real” e a “Constituição jurídica”, utilizando a terminologia empregada por LASSALLE, estão numa relação de coordenação<sup>31</sup>, mas a Constituição jurídica tem significado próprio e adquire força normativa na medida em que consegue idealizar sua pretensão de eficácia. Em suma, a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, mas também ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades e os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre o “ser” e o “dever-ser”.

Conclui-se que LASSALE não estava de todo errado ao afirmar que a realidade social e econômica tem influência capital sobre o texto constitucional. Sabe-se que a Constituição não cria valores, porque estes são reivindicados pela sociedade. Daí, que na Constituição, os valores normatizados são os almejados e enfatizados pela sociedade, consubstanciando-se em normas com caráter obrigatório e vinculativo.

---

<sup>31</sup> Lembra o autor que este é o objetivo da teoria da integração que tenta aproximar a norma e o fato para diminuir a tensão entre eles, conforme ressaltado por R. Smend.

Porém, uma vez positivados esses valores em normas constitucionais, estas têm capacidade vinculatória, obrigando a todos a quem é dirigida, pois é vontade da Constituição o seu fiel cumprimento, não devendo ceder a reformas pontuais, de ocasião e oportunistas.

## 2.5 A Teoria Tridimensional do Direito e o Sentimento Constitucional

Ao verificar que a Constituição de um Estado tem as funções de uniformização e orientação do ordenamento jurídico, necessário faz-se o seu fiel e efetivo cumprimento para atingir os fins almejados. A concretização constitucional é o ponto nevrálgico que, atualmente, preocupa estudiosos. Em razão disto, não são poucos os juristas que se debruçam sobre o assunto, propondo e analisando formas, maneiras, esforços de se atingir a eficácia jurídica e social das normas constitucionais.

De grande pertinência e valia, tem-se a Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida pelo professor REALE<sup>32</sup>, segundo o qual o “*Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores*”, não sendo apenas norma como pretendem os positivistas, nem apenas fatos como pretendem os sociólogos, tampouco apenas valores como pensam os adeptos do Direito Natural ou tomistas.

O Direito Constitucional não fica de fora dessa teoria, já que também é alcançado por estes três elementos, numa ‘dialética de complementariedade’, assim defendida pelo professor REALE, pois a dogmática, a sociologia e a filosofia são abordagens obrigatórias em qualquer estudo do Direito.

A norma, o fato e os valores no estudo da Constituição nunca serão completos com o isolamento do estudo compartimentado de um desses elementos, pois a multidisciplinariedade também está aqui presente. Os fatos e os valores dão o tom da norma. Mesmo assim, a Constituição, sendo um sistema de normas decorrentes de fatos valorados,

---

<sup>32</sup> Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

muitas vezes carece de eficácia, fazendo-se necessário algo mais para a concretização da mesma, no afã de alcançar e atingir os seus propósitos.

Nesse sentido, é interessante ressaltar outra ciência humana no estudo do direito, a tese defendida pelo professor de Salamanca, PABLO LUCAS VERDÚ, na obra em que o título, “O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política”, já revela parte do seu conteúdo, pois prega o sentimento constitucional como um dos modos de integração política, uma vez que a Constituição passa a ser sentida e vivida pela sociedade, portanto, possivelmente concretizada.

Percebe-se que, para VERDÚ<sup>33</sup>, um quarto elemento deveria fazer parte do estudo da Constituição, a saber, o psicológico, já que *o conceito de Constituição é completo quando, à sua intelecção teórica, une-se sua compreensão emocional através do sentimento que adere ao conceito.* A fim de reforçar seu pensamento, continua o mestre espanhol dizendo que *o ensino do direito constitucional não se esgota na explicação de suas evidentes e necessárias conexões lógicas e técnicas. Requer, além disso, que se insista na necessidade de que a sociedade adira à Constituição, sentindo-a como coisa própria.*

Em outras palavras, o autor quer dizer que uma norma será letra morta, seja qual for sua hierarquia, constitucional ou ordinária, quando imposta pelos legisladores, sem que a sociedade sinta necessidade, pois somente será cumprida por todos a quem é dirigida quando se transformar em norma após o fato ser valorado. É o fator psicológico que influi na eficácia da norma.

Quando a norma constitucional é imposta de cima para baixo, do Poder constituído para a sociedade, carecerá de efetividade, tendo em vista que o ‘ressentimento

---

<sup>33</sup> *Op. cit.* p. 74.



constitucional' surgirá como o lado negativo do sentimento constitucional. O contrário já não é verdade, pois o sentimento da comunidade em relação à norma criada após uma necessidade sentida será de fiel e pronto cumprimento, sendo verdadeiramente legítima a norma. Essas são as normas justas impregnadas de legitimidade, conforme mencionado anteriormente ao tratar das funções da Constituição.

VERDÚ cita vários autores que, desde os tempos mais remotos, de forma direta ou indireta, defenderam ou defendem a existência do sentimento jurídico na formação do Direito, enfocando os aspectos psicológicos, estimativos e emocionais que se encontram inseridos neste campo de convivência humana, rechaçando as opiniões contrárias com o argumento muito presente e atual da multidisciplinariedade das diversas ciências.

Na verdade, parece que VERDÚ ressalta a eficácia constitucional no sentido inverso defendido pelos sociólogos e filósofos, pois estes defendem que as normas constitucionais devem se aproximar dos valores da sociedade, enquanto aquele defende a adesão das pessoas aos valores normatizados na Constituição, mas uma adesão consciente porque se estima que são úteis para a convivência humana, baseada na justiça e igualdade.

Tematizando ainda sobre a conexão entre o sentimento constitucional e os valores constitucionais, VERDÚ<sup>34</sup> afirma o seguinte:

*(...) É bom lembrar que esta vinculação não é puramente racional ou intelectual. Trata-se de uma adesão sentida, de sorte que a efetividade do Direito Constitucional não depende só de suas formalizações técnico-jurídicas, do garantismo normativo institucional, da promoção das condições e remoção dos obstáculos ex artículo 9.2, que relaciona formalizações e tecnicismos com a realidade constitucional. Em certa medida, também depende do grau de adesão emocional que os referidos valores suscitam. Assim, pois, a efetividade constitucional é igual à normatividade e garantismo técnico-jurídico + realidade constitucional promovida e livre de obstáculos + adesão efetiva aos elementos precedentes ou que se desprendem da Constituição...*

---

<sup>34</sup> *Op. cit.* p. 151/152.

Vê-se, pois, que a tese do sentimento constitucional ressalta um dos aspectos que HESSE colocou para a existência da força normativa da Constituição, qual seja, a aproximação da Constituição com os valores da comunidade à qual é dirigida, conforme destacado em tópico precedente.

O sentimento jurídico é colocado por KAUFMANN<sup>35</sup> como o elemento que caracteriza o Direito como ciência e como arte ao mesmo tempo, já que o Direito *é a arte de ter pré-compreensões correctas*.

Neste contexto, vem à tona a questão do referencial da Constituição, se é a Sociedade ou o Estado. Sobre tal assunto, CANOTILHO<sup>36</sup> afirmou ser os dois, embora nos primórdios do constitucionalismo moderno tenha a sociedade ocupado este posto sozinha, conforme se depreende do art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, transcrito anteriormente.

Observe-se que os sociólogos colocam esse referencial na sociedade. Corroborando com tal assertiva, EHRLICH<sup>37</sup> (1925) disse que *o centro de gravidade da evolução do Direito nunca se situou no Estado porque o Direito, e principalmente ele, é criado por forças sociais alheias à influência estatal*.

Neste sentido, a aplicação e a efetivação da Constituição, denominada por BONAVIDES de ‘normas das normas’, está consubstanciada na sua força normativa e tem na sociedade a sua expressão de importância necessária para se fazer cumprida.

---

<sup>35</sup> In Filosofia do Direito, p. 96.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 87 *et seq.*

<sup>37</sup> *Apud* Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 82.

Decorrente disto, tem-se a questão da influência da opinião pública na política legislativa, executiva e judiciária, uma vez que vindo da sociedade, do povo, aquela também é referencial a ser levado em consideração pelos Poderes de Estado<sup>38</sup>.

A relevância do tema é destacado por alguns juristas que o abordam sob diferentes aspectos. GUSMÃO, na obra *Introdução ao Estudo do Direito*, afirma ser a opinião pública uma das fontes do direito. CANOTILHO<sup>39</sup> destaca a técnica americana da liberdade, em que o povo reclamou o direito de escrever uma lei básica, denominado de momento *We the people*. Registre-se, ainda, a célebre questão da titularidade do poder constituinte, existindo várias teorias sobre o assunto, dentre elas a que confere ao povo a titularidade do mesmo. Povo e opinião pública são temas conexos.

Ocorre que a opinião pública, que não é a opinião individualizada de um ou poucos cidadãos, mas sim de um grupo de pessoas de determinada comunidade com grande influência decisiva para tomada de decisões políticas por parte do poder público, muitas vezes encontra-se em desconformidade com a opinião especializada de estudiosos. Neste caso, qual delas deve ser levada em consideração? Sabe-se que a primeira não se baseia em dados empíricos e informações corretas e abalizadas, pois é decorrente da casualidade, enquanto a especializada tem fundamento em estudo sistematizado e observação investigativa-comparativa. A primeira é a opinião de muitos, enquanto a segunda é a opinião de poucos.

Esta tensão pode ser resolvida através da dialética ou 'dialecicidade da complementariedade', de modo a se levar em consideração ambas as opiniões e seus reais e efetivos fundamentos, pois o isolamento de uma dessas opiniões tornará defeituosa a decisão

---

<sup>38</sup> Sobre povo e poder, leia-se as obras: Goffredo Telles Junior. *O povo e o poder: o conselho do planejamento nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003, 144p; Friedrich Muller. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000, 115p; e Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, 2004, 139p.

<sup>39</sup> *Op. cit.* p. 58/60.

elegida, além de ilegítima, sendo a legitimidade essencial nos atos políticos e jurídicos num Estado Democrático de Direito.

### 3 TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Considerando que a “Prioridade Absoluta”, na área da Infância e da Juventude, refere-se aos direitos fundamentais das pessoas que se encontram na faixa etária de 0 a 18 anos<sup>40</sup>, como um critério de preferência elegido em face da limitação de bens na natureza e na sociedade, é imprescindível o estudo da teoria dos direitos e garantias fundamentais, de modo a entendê-los e correlacioná-los com o princípio, objeto principal desta investigação.

Como dito por BONAVIDES, **os direitos fundamentais são os pulmões** do Estado Democrático de Direito que oxigenam, fortalecem e revigoram as normas, delimitando as atividades do Estado e dos próprios particulares, estando em constante desenvolvimento, conforme a sociedade vai evoluindo, e os desejos, as vontades e as necessidades dos homens vão se modificando, aprimorando, em face dos novos valores, novas conquistas, novos anseios.

A importância dos Direitos Fundamentais, na atualidade, é destacada por vários estudiosos, sendo vasta a literatura brasileira e estrangeira sobre o assunto, esgotando os vários pontos polêmicos, o que não poderá ser feito neste capítulo, seja pela imensidão do tema, seja pela falta de pretensão de aprofundamento, cabendo apenas uma visão geral para localização dentro do princípio em exame.

Sendo assim, será exposta uma análise da Teoria dos Direitos Fundamentais, visando a entender esses direitos considerado pelo constitucionalismo moderno os pulmões de um Estado Democrático de Direito, órgão vital ao lado da Constituição (cérebro) e dos

---

<sup>40</sup> Esse parâmetro muda nas legislações dos diversos países. Porém, sendo este o sugerido nos documentos internacionais, é também adotado pela legislação brasileira.

Princípios (coração), que têm preferência em relação a qualquer outro direito, em face do caráter essencial de que são portadores.

Para tanto, primeiramente, enfocaremos a autonomia da disciplina e teorização dos Direitos Fundamentais, com especial atenção ao princípio (ou regra) da proporcionalidade pela importância no atual contexto de conflitos e limitações do Estado de Direito, para, em seguida, esclarecer a confusão na nomenclatura utilizada pela doutrina e pelos textos legais na ordem internacional e nacional.

Em seguida, comentar-se-á a evolução histórica dos direitos fundamentais, a fim de identificar qual o momento de seu nascimento e fases de progressão, sempre vinculados a movimentos sociais.

Depois, serão observadas as teorias que determinam a fundamentação dos direitos fundamentais, bem como será analisado a fundamentabilidade material e formal dos direitos assim classificados. Segue-se com a análise das funções dos direitos fundamentais.

Como não poderia ficar de fora, pela pertinência com o princípio da Prioridade Absoluta, as proteções dos direitos fundamentais no âmbito internacional e nacional são observadas e ressaltadas como um dos maiores desafios nos dias de hoje, assim como as teorias das limitações às restrições desses mesmos direitos.

Destina-se espaço para análise dos deveres fundamentais, já que estes representam a outra face da moeda dos direitos fundamentais, bem como serão analisadas algumas das principais características dos direitos fundamentais, enfocando as mais polêmicas, tais como: irrenunciabilidade, universalidade e direito subjetivo.

Finalmente, o último ponto destina-se a analisar a eficácia dos direitos fundamentais e, para tanto, serão verificados a terminologia, a classificação das normas

constitucionais, o caráter do princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, a vinculação dos poderes públicos e dos particulares às normas definidoras de direitos fundamentais, as omissões do poder público e os remédios judiciais específicos contra tais omissões.

Toda essa contextualização faz-se necessária e imprescindível ao estudo, que ora se apresenta, como forma e modo de entender o critério da Prioridade Absoluta dos direitos fundamentais *infanto-juvenis*, uma escolha elogiosa e digna de defesa, que se pretende efetivada e concretizada, uma vez que é esse o sentimento constitucional.

### 3.1 Sobre a autonomia dos Direitos Fundamentais e outras considerações

Fala-se na autonomia da disciplina Direitos Humanos a ponto de elevá-la à categoria de ciência diante de suas teorias sistematizadas. Essa concepção ganha tanta força que essa disciplina faz parte de algumas grades curriculares dos cursos de graduação e pós-graduação das nossas universidades. Nesse sentido, MORAES<sup>41</sup> assim se pronuncia sobre o assunto:

*Dessa forma, é possível afirmar que a ciência dos direitos humanos transformou-se em verdadeira disciplina autônoma e inter-relacionada com diversas outras disciplinas, tais como o Direito, a Filosofia, a Política, a História, a Sociologia, a Economia, a Medicina.*

Mesmo diante dessa visão, atualmente a cientificidade do próprio Direito está sendo questionada, em face da crise paradigmática do pensamento jurídico no mundo globalizado, da crise da ciência<sup>42</sup>, o que põe em dúvida, também, a sua legitimidade, atingindo, por consequência, a cientificidade dos Direitos Humanos.

Sobre o momento inicial de uma ciência, FARIA<sup>43</sup>, citando KUHN, diz que para este último autor *uma disciplina somente se converte em ciência quando uma comunidade de especialistas firma uma opinião comum quanto ao seu paradigma, isto é, ao conjunto de problemas relevantes e de padrões standardizados de abordagem.*

Desta feita, a ciência do direito, embora em crise e fase de renovação, ainda subsiste face aos estudiosos que empreendem esforços para definir seu paradigma.

---

<sup>41</sup> In: Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998, p. 35.

<sup>42</sup> Sobre a crise da ciência moderna, é interessante ler Boaventura de Souza Santos. Introdução a uma ciência pós-moderna. 4. ed. Rio de Janeiro: Gral, 1989.

<sup>43</sup> In: O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.



Outra questão, diz respeito as dificuldades de se formar uma teoria geral dos direitos humanos pela diversidade cultural, econômica, social e ideológica, ALMEIDA<sup>44</sup> defende essa tese, sob o argumento de que existe um núcleo essencial comum a todos os povos, em todos os tempos.

Outros estudiosos da matéria consideram impossível uma teoria apenas, pugnando pela existência de várias teorias. Dentre estes, ALEXY<sup>45</sup> não concorda com a existência de uma teoria geral ou única dos direitos fundamentais e afirma que quem assim pensa incorre em erros e mal entendidos, já que toda teoria sobre os direitos fundamentais, que contribua para sua realização, é valiosa e importante para o seu entendimento.

As Teorias dos Direitos Fundamentais ganharam especial atenção dos constitucionalistas alemães contemporâneos a partir de meados do século XX, em face de sua relevância interpretativa, surgindo várias teses sempre vinculadas à concepção de Estado, de Constituição e de cidadania, assim reunidas por BÖCKENFÖRDE<sup>46</sup>: teoria liberal ou burguesa dos direitos fundamentais, teoria institucional dos direitos fundamentais, teoria axiológica dos direitos fundamentais, teoria democrática-funcional dos direitos fundamentais e teoria do Estado social dos direitos fundamentais.

BONAVIDES<sup>47</sup> afirma que essas teorias poderiam se fundir em uma só apenas, a saber, na teoria dos valores, visto que não há teoria de direitos fundamentais que não seja provida de uma valoração específica, reforçando, dessa forma, a tese de uma teoria geral de ALMEIDA.

---

<sup>44</sup> *In*: Teoria Geral do Direitos Humanos. Porto Alegre: safE, 1996.

<sup>45</sup> *In*: Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1993, p. 35/36.

<sup>46</sup> *Apud* Paulo Bonavides. Curso de Direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 565 e Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1993, p. 540/552.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, p. 565.

No entanto, verifica-se que os valores abordados nas teorias variam, conforme a época que enfocam, o que nos leva à conclusão de que todas as teorias têm caráter valorativo, mas de diferentes enfoques e visões. De forma bastante resumida, vejamos cada uma delas.

A teoria liberal dos direitos fundamentais tem por base os valores do Estado liberal dos fins do século XVIII e início do século XX, de caráter eminentemente individualista, burguesa, nascida do contrato social e dos princípios de direito natural. Essa teoria coincide com os direitos fundamentais de primeira dimensão que se referem aos direitos de autonomia e de defesa.

A teoria institucional dos direitos fundamentais marca a grande virada desses direitos, que deixou de ser visto apenas no caráter estritamente subjetivo dos direitos de liberdade, surgindo os direitos sociais, conhecidos como de segunda geração.

A teoria dos valores tem em SMEND seu maior expoente. Este entende os Direitos Fundamentais como uma expressão de uma “ordem objetiva de valores”. Essa teoria é defendida pela Corte Constitucional alemã, segundo a qual os “Direitos Fundamentais atuam sobre as relações jurídicas diante dos poderes públicos e sobre as relações jurídicas dos cidadãos entre si. Assim, os valores assentados nos Direitos Fundamentais são capazes de impregnar toda a ordem jurídica, como o exercício da discricionariedade administrativa e o preenchimento de cláusulas gerais do direito civil (exemplos: “boa-fé”, “bons costumes”)<sup>48</sup>.

As teorias democrático-funcionais identificam os direitos fundamentais com os direitos de participação, ligados à realização da democracia e à conformação por ela da vida coletiva. Coincide com os direitos de quarta geração ou dimensão logo abaixo tratado.

---

<sup>48</sup> Andreas J. Krell. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 50.

As teorias sociais ressaltam a dimensão social e positiva de todos os direitos fundamentais, inclusive dos direitos de primeira dimensão, atribuindo a todos a natureza de direitos subjetivos. Nesse sentido, temos a obra de SARLET constantemente mencionada neste texto.

Outras teorias existem, mas levam em consideração outros aspectos dos direitos fundamentais que não a universalidade de sua aplicação. Portanto, constata-se que, com a sistematização das teorias, não resta dúvida quanto à cientificidade da disciplina dos direitos fundamentais.

Como citado anteriormente, as Teorias dos Direitos Fundamentais tiveram a sua consagração em razão da necessidade de interpretação e concretização desses direitos já que contextualizados num sistema aberto de normas, fato esse que as impediam de seguir os mesmos métodos das demais disciplinas jurídicas.

A partir do ano de 1950, a interpretação do Direito Constitucional e dos Direitos Fundamentais ganhou nova roupagem, tendo HESSE<sup>49</sup> contribuído com a tese de concretização, buscando orientação em MULLER e na Tópica.

A velha Hermenêutica de SAVIGNY mostrou-se ineficaz para a interpretação dos direitos fundamentais, em face da ausência de valores e neutralidade de sua aplicação. Daí, surgiu a Nova Hermenêutica que tem o princípio, ou regra, como defende LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA<sup>50</sup>, da proporcionalidade como apoio metodológico.

O jurista pós-moderno, tendo assimilado que a resolução de antinomias na lei mediante a aplicação das regras de interpretação clássicas são insuficientes, entendeu por

---

<sup>49</sup> *Apud* Paulo Bonavides. *Op. cit.*, p. 556.

<sup>50</sup> Cf. O proporcional e o razoável. RT .n. 798. p. 23-50, abril de 2002, onde o autor defende a proporcionalidade como regra de interpretação e aplicação do direito que não se confunde com razoabilidade.

optar pela justa ponderação de interesses, que tem no princípio da proporcionalidade sua base fundamentatória.

HART (1961)<sup>51</sup> também defendeu a necessidade de deixar para os tribunais a resolução de algumas áreas de conduta que, à luz das circunstâncias entre interesses conflitantes, variam em peso de caso para caso, em face da textura aberta do direito. A ponderação de interesses estava aqui defendida.

Muito apropriado é o pensamento de BARRAGÁN<sup>52</sup> ao afirmar que levar os direitos humanos a sério significa aceitar que, freqüentemente, um direito humano estará em conflito com outros, e para se alcançar soluções corretas em casos concretos, as regras rígidas para a tomada de decisões não são suficientemente úteis, reconhecendo a relatividade dos tempos pós-modernos, que exigem princípios para resolução dos conflitos, em razão de sua textura aberta, não sendo mais possível a existência de regras fixas.

Desta feita, a hermenêutica dos direitos fundamentais tem seu ponto de apoio no princípio da proporcionalidade, considerado por Willis Santiago o princípio dos princípios.

Mas, e as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são sinônimas ou não? Como identificar esses direitos? Por que eles são fundamentais? São essas as questões que se buscará responder a partir deste momento.

Torna-se imprescindível esclarecer as expressões utilizadas, bem como conceituar os direitos fundamentais e registrar sua atual classificação decorrente da constante evolução

---

<sup>51</sup> *In*: O conceito de direito, p. 148.

<sup>52</sup> *In*: Qué significa tomar los derechos humanos en serio. Telos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, 2001, p. 79-98, cujo texto original segue: tomar los derechos humanos seriamente significa aceptar que muy frecuentemente un derecho humano está en conflicto con otros, y a fin de alcanzar una solución sabia a cierto caso, las reglas rígidas para la toma de decisiones no son suficientemente útiles.

dos mesmos, fato natural da espécie humana que vive na busca incansável de novas satisfações.

Percebe-se que a nomenclatura do tema não é ponto pacífico no direito nacional e estrangeiro, existindo diversas expressões para designá-los, tais como: direitos do homem, direitos humanos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos fundamentais, direitos subjetivos públicos, direitos individuais e sociais, entre outros.

No âmbito internacional, por exemplo, a Declaração e Programação de Viena de 1993 refere-se a “direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Em nível nacional, a nossa Constituição Federal seguiu a mesma falta de técnica, o que ocasiona alguns problemas interpretativos, conforme se vê mais à frente, pois em seu texto menciona quatro expressões distintas, senão vejamos: art 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos), Título II e art. 5º, § 1º (direitos e garantias fundamentais), art. 5º LXXI (direitos e liberdades constitucionais) e art. 60, § 4º, inciso IV (direitos e garantias individuais).

Diante das inúmeras expressões utilizadas como sinônimos de direitos fundamentais, merece ser esclarecida a distinção entre as principais, o que muito bem fez SARLET<sup>53</sup>:

*... ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (grifos nossos)*

---

<sup>53</sup> In A eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 33.

Por oportuno, acrescenta o mesmo autor, ainda, que os **direitos naturais** não se equiparam aos direitos humanos, uma vez que a positivação em normas de direito internacional já revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos<sup>54</sup>.

Registre-se que, não equiparando os direitos humanos ao direito natural, mas demonstrando a sua conexão, VERDÚ<sup>55</sup> escreve que ... *os direitos e liberdades públicas são irradiações da pessoa humana; partem do ser do homem, partem de que o homem é uma essência auto-responsável*. Em seqüência, afirma que por esta razão ...*os direitos fundamentais não esgotam, enquanto mera transcrição técnico-jurídica, a essência ou natureza dos direitos humanos como realidade originária...*<sup>56</sup>

Razão assiste ao jurista espanhol, quando considera ‘*numerus apertus*’ os direitos humanos, e muito bem se posicionou o nosso legislador constituinte, quando colocou expressamente no texto constitucional que outros direitos fundamentais podem existir, além daqueles enumerados no art. 5º, da CRFB.

Tal distinção está em conformidade com o que descreve CANOTILHO<sup>57</sup>, o qual afirma que *os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente*.

Os direitos humanos, normalmente, estão preconizados com as normas de direito internacional. Esta é a expressão preferida em documentos internacionais, ao passo que os direitos fundamentais são normas de direito interno inseridos no texto da Lei Maior.

---

<sup>54</sup> *Op. cit.*, p. 33/34.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 213.

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. 215/216.

<sup>57</sup> *Op. cit.*, p. 393.

BONAVIDES<sup>58</sup> afirma que a primeira expressão é a preferida entre os juristas anglo-americanos e latinos, enquanto a segunda, encontra-se difundida entre os publicistas alemães.

É interessante destacar, também, que há uma visão tridimensional dos direitos fundamentais, a saber, dimensão jusnaturalista, dimensão universalista e dimensão constitucional, estudada por VIEIRA DE ANDRADE<sup>59</sup>, que assim descreve:

*Foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os direitos fundamentais. Antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma idéia no pensamento dos homens..... à perspectiva internacionalista ou universalista, na definição do autor português, lembra a experiência da II Guerra e do totalitarismo como causa de uma preocupação internacional de criar mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos nos diversos Estados..... perspectiva Constitucional ou estadual refere-se à garantia Constitucional de certos direitos ou liberdades, que o autor inicia, fazendo referência à Carta Magna de 1215, aos sucessivos documentos constitucionais ingleses, em especial, ao documento francês de 1789 e às constituições atuais.*

Entretanto, quando se fala na expressão direitos do homem, para ser usada como sinônimo de direitos fundamentais, MIRANDA<sup>60</sup> delinea três razões para a não adoção do mesmo. São elas: I) trata-se de direitos assentes à ordem jurídica e não de direitos derivados da natureza do homem; II) a necessidade de, no plano sistemático da ordem jurídica (Constitucional), considerar os direitos fundamentais correlacionados com outras figuras subjetivas e objetivas (organização econômica, social, cultural e política); III) os direitos fundamentais presentes na generalidade das Constituições do século XX não se reproduzem a direitos impostos pelo Direito natural.

Diante disso, é importante externar o pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>61</sup>, inspirado na obra de PÉRES LUÑO, que prefere a expressão ‘Direitos fundamentais do homem’, como a mais adequada para o presente estudo, haja vista a referência aos princípios

---

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 514.

<sup>59</sup> *Apud* Marcos Augusto Maliska. O Direito à Educação e a Constituição. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 44/45.

<sup>60</sup> *In* Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 53/54.

<sup>61</sup> *In* Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 163.

que resumem o conceito do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, definindo, na esfera do direito positivo, como *aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.*

Contudo, saliente-se que os direitos humanos, para alguns, direitos positivados na seara do direito internacional, para outros, direitos que antecedem à existência do Estado, têm uma íntima aproximação com os direitos fundamentais, que são direitos reconhecidos e protegidos pela Constituição de cada Estado, na medida em que estão inter-relacionados, independentemente de suas diferentes positavações. Assim sendo, quando da ocorrência dessa correlação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, emerge então um coerente conceito que se chama de ‘Direito Constitucional Internacional’, externado na obra de PIOVESAN<sup>62</sup>:

*Por Direito Constitucional Internacional, subentende-se aquele ramo do direito na qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Esta interação assume um caráter especial quando estes dois campos do direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana – concorrendo na mesma direção e sentido.*

O conceito de direitos fundamentais é difícil de ser sintetizado, haja vista a sua constante evolução e diferença nos países, existindo os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração (ou dimensão), mas o certo é que dizem respeito à dignidade e à liberdade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana e os direitos a ela correlacionados é um valor manifestado como natureza do homem e fundamento dos direitos e deveres dos homens.

Pela profundidade que apresenta, registre-se o conceito de direitos fundamentais de PEREZ LUÑO<sup>63</sup>, que assim diz:

---

<sup>62</sup> *In* Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 47/48.

<sup>63</sup> *Apud* Alexandre de Moraes. *Op. cit.*, p. 40.



*Os direitos fundamentais é um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.*

Numa acepção bem mais restrita e normativista, diz-se que os direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais. Esta definição é insuficiente para entender a fundamentabilidade de alguns direitos, cuja relevância os fazem possuir características especiais em relação aos demais direitos não fundamentais.

No que se refere à nossa Constituição, em razão do teor do art. 5º, § 1º, da CRFB, diz-se que os direitos fundamentais possuem uma concepção materialmente aberta, conforme se depreende das palavras de SARLET em sua obra já referenciada, uma vez que não estão enumerados taxativamente no texto, podendo existir outros direitos com esse caráter de fundamentabilidade.

Os direitos fundamentais podem ser estudados e concebidos das mais diferentes formas e classificações. Dentre essas formas, pode-se estudar os referidos direitos dividindo-os em dimensões, como faz ALEXY, HESSE e, entre nós, GUERRA FILHO, sob a forma de gerações, como faz BONAVIDES, BOBBIO e outros doutrinadores, ou classificar e estudar conforme são arrolados na Constituição, como faz JOSÉ AFONSO DA SILVA, BASTOS, dentre outros.

Já CANOTILHO<sup>64</sup>, após analisar várias classificações dos direitos fundamentais, adota o seguinte modelo: a) direitos, liberdades e garantias, b) direitos econômicos sociais e culturais, nos termos adotados pela Constituição Portuguesa de 1976.

De forma bem resumida, cabe registrar que os direitos de primeira geração ou dimensão são os direitos da liberdade que valorizam o homem individualmente (direitos civis e políticos); já os direitos de segunda dimensão, são os direitos sociais, culturais econômicos

---

<sup>64</sup> *Op. cit.*, p. 394 e segs.

e os direitos coletivos; enquanto os direitos de terceira geração, são aqueles que não se destinam à proteção de interesses de um indivíduo ou de um grupo de pessoas, mas sim do gênero homem, são os direitos difusos; e por fim, os de quarta geração, são os direitos à democracia e à informação, que correspondem à última fase de institucionalização do Estado social.<sup>65</sup>

Vejamos, em seguida, como se deu essa evolução, esclarecendo, desde logo, que sua história não é linear e estanque, porém tem um curso repleto de progressos, retrocessos e contradições, decorrentes de lutas entre privilegiados e oprimidos.

---

<sup>65</sup> É bom ficar esclarecido que existem outras divisões, inclusive já há quem defenda os direitos de quinta dimensão.

### 3.2 Origem Histórica e Evolução – Constitucionalização

Na **Idade Antiga**, já havia a idéia de se garantir direitos humanos, como pode se vê no Código de HAMURABI (1792-1750 a.c.), que punia as agressões praticadas pelo homem contra o próximo, em BUDA (556 a.c.), que se sensibilizou com o sofrimento da humanidade e pregou o desapego a pessoas e coisas como forma de evitar tal sofrimento, SÓCRATES (469-399 a.c.), PLATÃO (427-347 a.c.) e ARISTÓTELES (384-322 a.c.).

Porém, é na **Idade Média** que se estabelece um complexo de interditos que limitam o poder do Estado. A Lei das XII Tábuas é a referência escrita dos Direitos Humanos. SANTO AGOSTINHO (354...) e SANTO TOMAZ DE AQUINO (1225-1274) pugnavam pela igualdade do homem perante Deus. Cita-se a Carta do Rei João Sem Terra de 1215 como documento marco para os direitos fundamentais, no entanto, sabe-se que esta carta trouxe direitos e liberdades para uma parcela das pessoas e, além dela, outros documentos também positivaram direitos referentes a uma casta.

Na **Idade Moderna**, o jusnaturalismo, através do Iluminismo (jusracionalistas), é responsável pela primeira geração dos direitos fundamentais, conhecidos como direitos civis e políticos ou direitos individuais, de caráter eminentemente negativo, pois exigia uma não-violação, uma abstenção, um não-fazer por parte do Estado.

As Declarações Americanas de 1776 e a Declaração Francesa de 1789 buscam primazia na autoria da implementação dos direitos fundamentais individuais, sabendo-se, ao certo, que apesar da Declaração Americana ter precedido à Francesa, foi esta que imprimiu o caráter de universalidade aos direitos fundamentais.

Assim, tem-se no **constitucionalismo liberal**, de feição marcadamente revolucionária e de inspiração jusnaturalista, de natureza rígida, escrita e formal, decorrente da doutrina do liberalismo, que tinha profunda desconfiança no poder absoluto e pregava a valorização da burguesia e o individualismo, o que gerou um grande fosso entre o Estado e a Sociedade, o berço dos direitos fundamentais de primeira geração, ainda hoje, fundamental para o ser humano.

Mas, é no final do século XIX, na consagração da **Idade Moderna**, que ocorre a intensificação do reconhecimento desses direitos, e são pensados também os direitos de segunda geração ou direitos sociais, culturais e econômicos, decorrentes da Revolução Industrial.

Isso decorre a partir da Constituição da República de Weimar, quando se inicia um novo período denominado de **constitucionalismo social**, em que não mais se tem as constituições como declarações formais de direitos e mecanismos de limitação do poder, visto que se inserem nas constituições sociais toda sorte de intervencionismos no domínio socioeconômico.

Amplia-se tal engrandecimento na **Idade Contemporânea**, com o **constitucionalismo democrático e social** em que se implementa os direitos de terceira geração ou direitos difusos e os direitos de quarta geração ou direitos à democracia e à informação.

Em suma, pode-se dividir a trajetória dos direitos fundamentais em três fases, como fez SARLET<sup>66</sup>, baseado na obra do alemão STERN, sendo a primeira fase chamada de pré-histórica (estende-se até o século XVI), a segunda intermediária (jusnaturalismo) e a fase da constitucionalização (1776 até os dias de hoje).

---

<sup>66</sup> *Op. cit.* p. 39.

Já o espanhol ASIS ROIG<sup>67</sup> divide em três fases a evolução dos direitos fundamentais: positivação, generalização (Revolução Francesa de 1789) e institucionalização (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

Enfim, pode-se perceber que a idéia de direitos humanos antecede à constitucionalização, mas é neste momento que eles crescem e se intensificam. O processo de constitucionalização correspondeu a um longo período de lutas e conquistas da humanidade, que, diga-se de passagem, ainda não terminaram, pois a batalha e novas conquistas são sentimentos arraigados e constantes aos seres humanos.

A fundamentabilidade de tais direitos e suas funções dentro do ordenamento jurídico que o reconhece serão objeto de análise no próximo capítulo, oportunidade em que se verificará a especialidade de que são portadores tais direitos.

---

<sup>67</sup> *Apud* Fernando Barcelos de Almeida. Teoria Geral dos Direitos Humanos, p. 46.

### 3.3 Fundamentação, fundamentabilidade e funções

Para BOBBIO<sup>68</sup>, no plano filosófico, questiona-se o(s) fundamento(s), a justificação dos direitos humanos, afirmando ser uma tarefa difícil e indissociável dos problemas históricos, jurídicos, políticos entre outros, mas, no momento, parcialmente resolvido com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Porém, é no plano jurídico-político que os direitos fundamentais precisam ser protegidos, e aí é necessário descobrir o modo mais seguro de garanti-los, no âmbito interno e internacional (influência e poder, promoção, controle – relatórios e comunicados e garantia).

Sabe-se também que não basta a instrumentalização dos direitos humanos e dos meios de garanti-los, pois a história vem demonstrando a sua insuficiência, o que prova que esta é também uma questão de natureza moral e do pensamento humano, e não uma questão apenas jurídica.<sup>69</sup>

No que tange à fundamentação, ação de justificar, existem várias teorias que buscam alicerçar os direitos fundamentais. A primeira, denominada jusnaturalista, fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável<sup>70</sup>. Outra, a teoria positivista, fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa. Por último, a teoria moralista fundamenta na própria experiência e consciência moral de um determinado povo a existência desses direitos.

---

<sup>68</sup> In A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, p. 25.

<sup>69</sup> Neste sentido escreve Pablo Lucas Verdú. *Op. cit.*, p. 210/211.

<sup>70</sup> Lafayette Pozzoli. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001.

É interessante destacar a opinião de ALMEIDA<sup>71</sup> que diz que os Direitos Humanos nasce do inconformismo, pois este faz com que as pessoas lutem e conquistem direitos. Ele denomina de teoria do dissenso.

Corroborando com essa teoria, IGNACY SACHS<sup>72</sup> expressa que:

*não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos.*

Por sua vez, seguindo outra linha de pensamento, ALEXY<sup>73</sup> defende a fundamentação dos direitos humanos na teoria do discurso<sup>74</sup>, ao afirmar que tal teoria permite, de fato, não só uma fundamentação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, como também evidencia a teoria básica do Estado constitucional democrático.

A fundamentabilidade, qualidade de essencial, desses direitos indica para uma especial proteção dos mesmos, que é classificada por CANOTILHO<sup>75</sup>, seguindo a doutrina alemã, em fundamentabilidade formal e fundamentabilidade material, assim desenvolvida:

A primeira assinala quatro dimensões, a saber: a) são normas colocadas em grau superior no ordenamento jurídico; b) a revisão constitucional possui procedimentos agravados; c) muitas vezes, constituem os limites materiais da revisão; d) como normas de

---

<sup>71</sup> *Op. cit.*, p. 48.

<sup>72</sup> *Apud* Flávia Piovesan. Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39 a 75.

<sup>73</sup> *In*: Teoria del discurso y derechos humanos, p. 131: *La teoría del discurso permite em efecto no sólo una fundamentación de los derechos fundamentales e los derechos humanos, ella se evidencia también como teoría básica del Estado constitucional democrático.*

<sup>74</sup> Para essa teoria, que Manuel Atienza considera como uma teoria do procedimento, quatro caminhos se apresentam como regras pragmáticas, a saber: das regras técnicas, da fundamentação empírica, da fundamentação definidora e pragmático-transcendental.

<sup>75</sup> *Op. cit.*, p. 378/379.

vinculatividade imediata dos poderes públicos, servem de parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

A fundamentabilidade material refere-se ao conteúdo dos direitos fundamentais, que é constituído das estruturas básicas do Estado e da Sociedade. Dessa decorre a existência de direitos fundamentais não-constitucionalizados, cuja previsão não é exaustiva.

Quanto à função, é sabido que os direitos fundamentais possuem multifuncionalidade, chegando alguns autores a enumerar doze ou mais funções desses direitos. No entanto, é freqüente enumerar quatro funções básicas, enxugando uma citação exaustiva de funções.

Registre-se que as funções dos Direitos Fundamentais foram extraídas da Teoria dos quatro *status* de JELLINEK, mas tarde criticada e aprimorada, o qual afirmou existir quatro espécies de situação jurídica da pessoa em relação ao Estado.

CANOTILHO<sup>76</sup> enumera as seguintes funções dos direitos fundamentais, todas baseadas na teoria de JELLINEK. São elas:

A) Direito de defesa (igualdade e liberdade), em dois sentidos: 1) proibir a ingerência do poder público na esfera jurídica individual; e 2) exercer direitos fundamentais e exigir omissões do poder público;

B) Função de prestação social, no sentido de atribuir o direito ao indivíduo de obter do Estado tal direito. Tal função é o que qualifica os direitos fundamentais como direitos subjetivos.

---

<sup>76</sup> *Op. cit.*, p. 407/410.



C) Função de proteção perante terceiros, na medida em que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais perante eventuais agressões de particulares; e

D) Função de não-discriminação (princípio da igualdade), de modo a não excluir qualquer cidadão do gozo dos direitos fundamentais.

Tais funções têm uma maior ou menor intensidade dependendo do tipo de direito fundamental a que se refiram, uma vez que foram pensadas no plano teórico, obtendo gradativa relatividade, na medida em que é concretizada a abordagem dos direitos fundamentais.

Nestas circunstâncias, de essencialidade e multifuncionalidade, percebe-se que os direitos fundamentais devem ser protegidos de forma especial, e não como direitos comuns, pois são diferentes e relevantes, o que será abordado em seguida.

### 3.4 A Proteção e as restrições dos Direitos Fundamentais

É importante fazer, aqui, preliminarmente, a distinção entre ‘direitos’ e ‘garantias’, de modo a sistematizar o estudo, já que muitos confundem e usam de forma indiscriminada as duas expressões, em razão das garantias não deixarem de ser direitos e muitos destes serem garantias.

As garantias referem-se aos meios, os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, enquanto os direitos representam os bens de que necessita o homem para sua satisfação. Tal diferença pode ser clarificada com a utilização da redação do art. 227, da CRFB, a título exemplificativo, em que os direitos são a saúde, educação, lazer, desporto, profissionalização, enquanto a garantia desses direitos é a “Prioridade Absoluta” na satisfação dos primeiros.

Bem, feito esses esclarecimentos iniciais, passa-se a análise das garantias dos direitos fundamentais, dos meios colocados à disposição dos titulares de tais direitos para buscar proteção, seja judicial ou extrajudicial, seja na ordem nacional ou internacional.

Como já assinalado, nas palavras do BOBBIO, o grande desafio dos dias atuais é a proteção dos direitos fundamentais no âmbito nacional e internacional, em face das constantes violações dos mesmos, sejam através das formas mais brutais até as mais sutis, numa verdadeira desconsideração da dignidade da pessoa humana.

A necessidade de se instituir garantias eficazes em nível nacional e internacional<sup>77</sup>, conjuntamente, é imperativo, pois alguns Estados afligem os direitos humanos e, sob o manto do princípio da soberania nacional, pousam de Estado Democrático de Direito.

No âmbito internacional, os principais documentos que dão sustentação à proteção dos Direitos Humanos são:

A) no sistema global: a Carta das Nações Unidas de 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965; o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984; a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

B) no sistema regional: a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994.

Na esfera nacional, são várias as formas de proteção, variando de país para país, conforme sistematizado internamente.

CANOTILHO<sup>78</sup>, após afirmar que a constitucionalização tem como consequência notória a proteção dos direitos fundamentais, faz um estudo sistematizado acerca do assunto, enumerando os meios de proteção/defesa dos direitos fundamentais de acordo com o ordenamento jurídico português, nos seguintes termos:

---

<sup>77</sup> Sobre a responsabilidade civil em nível internacional ver: André de Carvalho Ramos. Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – Teoria e prática do Direito Internacional. São Paulo: Renovar, 2003.

<sup>78</sup> *Op. cit.*, p. 378 e 483/521.

a) Meios de defesa jurisdicional (garantia de acesso aos tribunais; devido processo legal; direito à tutela jurisdicional; dimensões jurídico-constitucionais do direito ao processo equitativo; direito de acesso à justiça administrativa; direito a processos céleres e prioritários; direito de suscitar a questão da inconstitucionalidade ou de ilegalidade; ação de responsabilidade; direito de ação popular);

b) Meios de defesa não-jurisdicionais (direito de resistência; direito de petição; direito a um procedimento justo; direito à autodeterminação informativa; direito ao arquivo aberto; garantias impugnatórias no procedimento administrativo);

c) Defesa de direitos perante autoridades administrativas independentes;

d) Problemas específicos na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais;

e) Proteção internacional (direito de recurso para a Comissão Européia de Direitos do Homem; exposição ao comitê dos Direitos do homem e proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais); e

f) Proteção dos direitos fundamentais na União Européia (momentos de consciencialização européia de direitos fundamentais; positivação de direitos em nível comunitário e constitucionalização do princípio da melhor tutela européia).

Entre nós, também são vários os meios de proteção à disposição dos direitos fundamentais, no afã de torná-los efetivos e concretos, sempre em reverência ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. A propósito, veja-se os instrumentos previstos no nosso ordenamento jurídico<sup>79</sup>:

---

<sup>79</sup> Sobre o assunto, Jairo Gilberto Schafer faz estudo sistematizado e enumera as garantias dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, na obra intitulada “Direitos Fundamentais: Proteção e restrições”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

a) Garantia de rigidez constitucional dos direitos fundamentais – *cláusula pétrea*.

A vigente Constituição brasileira traz, em seu art. 60, § 4º, a chamada reserva do Poder Constituinte Originário ou limites materiais à reforma do seu texto<sup>80</sup>, e, especificamente, no inciso IV referiu-se aos direitos fundamentais, de modo que estes não podem ser objeto de emenda constitucional, ou melhor, alvo do Poder Constituinte Reformador, uma das grandes inovações da CRFB de 1988 e um dos elementos que caracteriza a fundamentabilidade formal dos direitos fundamentais.

Registre-se, ainda, que a expressão utilizada pela Constituição Federal no artigo supramencionado, a saber, “direitos e garantias individuais” deu ensejo à celeuma quanto à abrangência e ao alcance da proteção em comento, já devidamente superado pela interpretação sistemática da norma, de modo que se inclui todos os direitos fundamentais, e não apenas os individuais.

Questiona-se se a norma, que institui a *cláusula pétrea*, pode ou não ser objeto de reforma do legislador constituinte, prevalecendo o entendimento de que ela está protegida pelo limite implícito, pois, ao se permitir tal modificação, perde sentido a limitação ao Poder Constituinte Derivado.

Em oposição ao entendimento da impossibilidade de modificação da *cláusula pétrea*, tem-se a Teoria da dupla modificação defendida por MIRANDA, que fundamenta tal teoria na inviabilidade de gerações futuras serem regidas por normas de gerações passadas, em que os interesses mudaram e não existe mais razão de ser para a referida norma protegida.

---

<sup>80</sup> Além dos limites materiais, tem-se os limites temporais (art. 60, § 1º e 5º, da CF) e formais (art. 60, incisos I, II e III, e §§ 2º e 3º, da CF), divisão esta formulada por NELSON DE SOUZA SAMPAIO e comentada por INGO WOLFGANG SARLET. *Op. cit.*, p. 350/362.

Esse impasse digno de registro entre a imutabilidade da Constituição Federal, decorrente da instituição da *cláusula pétrea* (permanência e manutenção da sua identidade) e a necessidade de mudança da Constituição para adaptação à realidade, visando a garantir a força normativa da Constituição, tem soluções sugestionadas em vários sentidos. Existem os estudiosos que entendem ser aquelas normas não absolutas, e sim passíveis de revisão nos limites das reformas constitucionais, enquanto outros são contra a possibilidade de modificação e sugerem que a atualização seja feita através da interpretação.

Acerca do assunto, é interessante registrar o comentário de SARLET<sup>81</sup> no tópico que ele denominou “Direitos fundamentais e reforma da Constituição: a eficácia ‘protetiva’ dos direitos fundamentais contra a erosão pelo Poder Constituinte Reformador”:

*Com efeito, se a imutabilidade da Constituição acarreta o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em virtude do inevitável aprofundamento do descompasso em relação à realidade social, econômica, política e cultural, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares...”*

*(...) Neste contexto, houve quem se posicionasse a favor da revisibilidade das cláusulas sobre os limites à reforma constitucional, desde que fosse viabilizada a participação direta do povo, na condição de titular do Poder Constituinte, neste processo, outorgando às reformas certo grau de legitimidade.*

*(...) uma superação das ‘cláusulas pétreas’, ao menos de acordo com a sistemática da Constituição vigente, não permite a participação popular direta, preferimos filiar-nos à concepção que entende ser inviável a dupla revisão, em face do grave risco de uma destruição da identidade constitucional pelo legislador, sobrepondo-se a vontade expressa do Constituinte. Além disso, entendemos que a necessária adaptabilidade da Constituição pode ser suficientemente assegurada por meio de uma adequada exegese do alcance das ‘cláusulas pétreas’ ....*

De certo modo, ratificando as palavras acima, tem-se a posição do alemão HESSE<sup>82</sup> que, pugnando pela força normativa da Constituição, assim se pronuncia:

*(...) Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular....*

---

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 354/360.

<sup>82</sup> *Op. cit.*, p. 13.

O receio que existe, quanto à possibilidade de modificação das normas que instituem as *cláusulas pétreas* pelo legislador, também subsiste quanto à possibilidade de atualização pelo intérprete, mesmos que esses se restrinjam a juizes, pois qualquer um desses homens estão sujeitos a influências de ocasiões, além de possuírem uma formação, uma personalidade que podem não coincidir com os direitos legítimos que se quer proteger.

Esse impasse é próprio das sociedades de risco existentes em tempos de pós-modernidade, de globalização, em que as soluções são buscadas e logo se mostram ineficientes, pois são superadas por outro impasse. São as complexidades próprias desta fase que se vive atualmente.

Quanto à proteção contra o legislador infraconstitucional, a quem cabe promover a efetividade e concreção aos direitos fundamentais, seja através de ação ou omissão, o assunto será abordado mais à frente nos últimos tópicos deste trabalho.

b) Garantias judiciais dos direitos fundamentais – ações judiciais.

No que se refere às garantias judiciais, podemos enumerar as várias ações judiciais previstas tanto no texto constitucional como infraconstitucional, todas orientadas pelo Princípio do Acesso ao Poder Judiciário, assim descrito no art. 5º, Inciso XXXV, da CRFB: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Os remédios constitucionais são: *Habeas Corpus* (art. 5º, LXVIII), Mandado de Segurança (art. 5º, inciso LXIX), Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, inciso LXX), Mandado de Injunção (art. 5º, inciso LXXI), *Habeas Data* (art. 5º, inciso LXXI), Ação Popular (art. 5º, inciso LXXIII), Ação Civil Pública (art. 129, III), Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação ou por omissão (art. Art. 103 e § 2º), Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 103, § 4º) e a Ação Direta Interventiva (art. 36, III).

Além desses, no âmbito infraconstitucional há outros. Em qualquer tipo de outras ações de conhecimento (declaratória, constitutiva ou condenatória), de execução ou cautelar, em nível de fiscalização concreta incidental, já que a jurisdição constitucional é exercida por todos os juízes no nosso ordenamento jurídico.

c) Outras garantias dos direitos fundamentais.

Ao lado das garantias citadas acima, pode-se registrar outras decorrentes de princípios e regras previstos na Constituição, tais como: princípio da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CRFB), princípio da divisão dos poderes (art. 2º), princípio da superioridade da Constituição. No âmbito criminal, tem-se o princípio da legalidade da prisão, da comunicabilidade da prisão, da anterioridade da lei penal. Na esfera tributária, registra-se o princípio da legalidade, anualidade, anterioridade, igualdade, uniformidade, capacidade contributiva e várias outras.

Em suma, pode-se observar que existem garantias internacionais e nacionais, constitucionais e legais, preventivas e repressivas, institucionais, civis, políticas, criminais, tributárias, processuais, todas com o objetivo de defender os direitos fundamentais, limitando o poder e ressaltando a liberdade do homem.

Nesse universo, uma questão de grande importância refere-se às restrições dos direitos fundamentais, pois esses não são e nem podem ser absolutos, se não incorreriam na possibilidade de prejudicar os direitos de outro. Sendo assim, a restrição é necessária, mas sob os auspícios de alguns requisitos prescritos na Teoria das restrições às restrições de ALEXY ou na Teoria dos limites dos limites de CANOTILHO.



Com a finalidade de conceituar as restrições aos direitos fundamentais, assim escreve SCHAFER<sup>83</sup>:

*Entende-se a limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional, interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental a que a norma visa proteger...*

Assim, tem-se que ter em mente que as restrições aos direitos fundamentais são obrigatórias, mas somente possível em nome de um interesse ou um direito maior, existindo, nessa situação, o conflito de direitos fundamentais, que será resolvido pelo princípio da proporcionalidade, norma essa já mencionada no primeiro ponto deste capítulo, que realizará a ponderação de interesses no caso concreto.

O certo é que não devem ser aceitos os limites abusivos, irrazoáveis e sem previsão legal e, sim repelidos com veemência, como forma de garantir os direitos e as liberdades dos indivíduos. Tal assunto não passou despercebido nos textos internacionais e algumas legislações internas, como a Constituição de Portugal.

Nessa perspectiva, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>84</sup> proclama em seu artigo 29 que as limitações somente podem ser determinadas por lei e com o fim exclusivo de assegurar o reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Esse assunto, também, é objeto de menção na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos<sup>85</sup>, de 1969, que, em seu art. 30, reconhece as restrições e ao mesmo tempo

---

<sup>83</sup> *Op. cit.*, p. 61.

<sup>84</sup> Ratificada pelo Brasil em 10.12.1948.

<sup>85</sup> Conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

estabelece o seu alcance, a saber: através de leis de interesse geral e com o propósito para o qual foram estabelecidas.

A Constituição lusitana descreve tanto quanto à aplicação imediata como aos limites, em seu art. 18.2 e 18.3, assim:

*18.2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

*18.3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.*

No Brasil, ao contrário da legislação lusitana, onde existe a previsão no texto constitucional dos limites, a nossa Constituição Federal não faz referência expressa aos limites das restrições, o que não equivale a dizer que estes não existam, pois se extraem tal limitação da interpretação sistemática de outros princípios cujo objetivo último é proteger a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que os direitos fundamentais devem ter sua efetivação maximizada, pela essencialidade de que são portadores, porém, no plano prático, algumas restrições são necessárias, seja pela colisão entre direitos fundamentais, seja pela escassez de recursos para sua satisfação. Tal limitação necessária deve sempre se pautar no princípio da igualdade, da não-discriminação, princípio esse presente no nosso texto constitucional, bem como no princípio da legalidade.

Tal situação também se apresenta perante os Deveres Fundamentais, que não deixam de ser uma limitação ao Direito Fundamental. Sobre esse assunto, segue-se para o próximo ponto, onde será melhor explorado.

### 3.5 Dos Deveres Fundamentais

CANOTILHO<sup>86</sup> defende a idéia de reproblematicar os deveres fundamentais, importante categoria jurídico-político, em face do amadurecimento das instituições, afirmando, ainda, não existir correspondência entre direitos e deveres fundamentais, pois há deveres autônomos ao lado de deveres conexos com os direitos fundamentais. Em sua obra, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, intitula o Título 3 de “Os Direitos e Deveres Fundamentais”, reconhecendo a existência de tais deveres.

Houve um tempo em que os deveres fundamentais foram considerados de igual ou superior importância aos direitos fundamentais. Diante dos abusos cometidos, nos períodos do nazismo e do comunismo, levantaram-se vozes afirmando que os deveres fundamentais são contrários à idéia de Estado liberal, o que provocou um certo desprezo ou esquecimento por essa categoria institucional.

Aliás, a idéia de direitos fundamentais surgiu com o objetivo de proteger os cidadãos da ação ofensiva do Estado absoluto, em que as obrigações e abusos praticados por este contra os súditos eram de tal monta, que cresceu um sentimento de indignação e necessidade de colocar freios e limites.

Entre nós, VIEIRA<sup>87</sup>, no artigo compilado em livro para homenagear André Franco Montoro, respondendo a pergunta sobre o que é ter um Direito, conclui que *para cada um desses direitos existirão distintas formas de deveres. Nesse sentido é muito difícil falar em direito sem imediatamente pensar em uma obrigação ou um dever.*

---

<sup>86</sup> *Op. cit.*, p. 527 e segs.

<sup>87</sup> *In*: A gramática dos direitos humanos. SANTOS, André Luiz Lopes dos e ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *Direito e Política nos marcos da interdisciplinariedade*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 308.

Escrevendo também sobre o assunto, POZZOLI<sup>88</sup>, citando ALCEU AMOROSO LIMA, diz que os direitos do ser humano foram vistos pelos católicos com reservas, assim como pelos positivistas. Estes lançaram mão do *slogan* dos ‘deveres do ser humano’ para realçar a prevalência desses sobre os direitos.

Compartilhando desse entendimento, é impossível vislumbrar a existência de um direito sem o correspondente dever de observância, seja o obrigado uma pessoa física ou jurídica determinada, ou uma coletividade.

MIRANDA<sup>89</sup> encontra-se dentre os que se filiam a esse pensamento, pois, em sua obra sobre direitos fundamentais, destaca essa categoria, enfatizando que a interpretação deverá seguir a regra das limitações dos direitos fundamentais.

A nossa Constituição Federal de 1988, entendendo bem tal imbricação, não deixou de fora a abordagem aos deveres fundamentais, tanto que na epígrafe do Título V assim denominou: “Dos direitos e deveres fundamentais”.

---

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 100.

<sup>89</sup> *Op. cit.*, p. 76/77.

### 3.6 Características dos Direitos Fundamentais

São várias as características dos direitos fundamentais, tais como: imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, inviolabilidade, universalidade, indivisibilidade, complementariedade, direitos subjetivos, relatividade, dentre outras. Todas elas, em razão da pluralidade de significados, merecem uma análise aprofundada e conectada, o que não é o objetivo do presente trabalho, embora seja necessária uma abordagem acerca das principais, apenas para situar o assunto.

#### a) Irrenunciabilidade

Renunciar significa desistir de um direito, abandonar. Em razão da importância dos direitos fundamentais, muitos autores afirmam que eles são irrenunciáveis e utilizam de forma irrestrita, como exemplo, o direito à vida no que tange à eutanásia. Mas, existem outros direitos fundamentais, como o direito de férias, cuja irrenunciabilidade é questionada.

A fim de explicar a irrenunciabilidade dos direitos humanos, o espanhol ALVAREZ GÁLVEZ<sup>90</sup>, da Universidad Europea de Madrid, faz um estudo sistematizado sobre o assunto

---

<sup>90</sup> Sobre el carácter irrenunciable de los derechos humanos. In Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 5, 2002: ... *Se dice que los derechos humanos, y no otros, son inalienables o irrenunciables. Cuando decimos que algo es inalienable queremos decir que tal cosa no se puede enajenar, es decir, que no se puede pasar o transmitir su dominio a otro o que es una cosa de la cual no podremos privarnos o desposeernos. Por su parte, cuando decimos que algo es irrenunciable queremos decir que no podemos hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de ese algo o que no podemos privarnos o prescindir de ello...*

*Aquellos que defienden la irrenunciabilidad de los derechos humanos en el sentido expuesto más arriba entienden, según creo, de un modo equivocado, que la adscripción del título irrenunciable forma una barrera de protección del objeto frente a cualquier ataque que el titular no puede desactivar...*

*Pero resulta que hablamos de derechos porque concedemos una importancia fundamental a la voluntad de los individuos; ... Si tenemos en cuenta esta voluntad, creo que hay que aceptar que el objeto de los derechos humanos es renunciabile...*

para, ao final, concluir que nos direitos humanos são irrenunciáveis a norma e a titularidade, mas são renunciáveis o objeto, momento em que afirma que incorre em equívoco quem entende pela irrenunciabilidade do objeto, uma vez que os direitos humanos são assim considerados porque valorizam a dignidade do homem e, portanto, a sua vontade, não podendo essa ser desconsiderada em nome da proteção de seu titular.

Por esse ângulo, a irrenunciabilidade de alguns dos direitos fundamentais resta resolvida na medida em que tal característica recai sobre a norma e seu titular, podendo esse deixar voluntariamente de exercer tal direito. Porém, em relação a outros, a celeuma permanece incólume, persistindo o debate. Por exemplo, acerca do tema da eutanásia que, em termos gerais, seria a renúncia do direito à vida, direito fundamental por excelência, em que a sua disponibilidade pelo titular está sendo objeto de discussão, entendendo uns que é disponível e, portanto, defendem a sua regulamentação, enquanto outros sustentam que é indisponível e qualquer pretensão de aceitação seria inconstitucional.

Registre-se que a idéia de que existem “direitos indisponíveis” é um eufemismo jurídico, que faz crer ser possível existir uma classe de direitos sobre a qual não se pode dispor, pois um direito que você não pode dispor, não é um direito de fato, mas se transfigura num dever. Tal idéia encontra-se em sintonia com o pensamento do espanhol, ao ressaltar a vontade do titular do direito fundamental.

Este tema, direitos e deveres, merece um estudo aprofundado e específico, o que não poderá ser feito neste momento, em razão do objetivo da investigação ser outro, a saber: o conhecimento da norma constitucional que consubstancia a “Prioridade Absoluta”.

---

*... y que en el caso de los derechos humanos la norma y la titularidad son irrenunciables, pero no así el objeto, que es renunciable. Defiendo, por tanto, que los derechos humanos son irrenunciables sólo en sentido fundamental (que lo diferencia de los demás derechos) de que su titularidad es irrenunciable.*

## b) Universalidade

PIOVESAN<sup>91</sup> foi muito feliz ao afirmar, no artigo intitulado “Globalização econômica, Integração Regional e Direitos Humanos”, que *a concepção contemporânea de Direitos Humanos é caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos*, introduzida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>92</sup> e confirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993<sup>93</sup>, fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos que surgiu no Pós-guerra.

Diante do mesmo assunto, BONAVIDES relata que *“a universalidade se manifestou pela vez primeira, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789”*, porém era uma universalidade abstrata, formal, de inspiração liberal, própria do Iluminismo. A nova universalidade dos direitos fundamentais caracteriza-se pela concretude, positividade, eficácia e juridicidade, tendo surgido com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Pois bem, universalidade significa a extensão desses direitos a “todas as pessoas,”<sup>94</sup> como única condição de reconhecimento da dignidade e titularidade dos direitos humanos. Essa universalidade não impede a existência de particularidades decorrentes dos contextos históricos, religiosos e culturais de cada povo, conforme foi previsto no parágrafo

---

<sup>91</sup>In: Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 41.

<sup>92</sup> No texto desta declaração é utilizada, na maioria dos artigos, a expressão “toda pessoa”, a fim de conferir universalidade dos direitos fundamentais.

<sup>93</sup> Sobre a universalidade, o § 1 diz: A conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o compromisso solene de todos os Estados de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, outros instrumentos relacionados aos direitos humanos e o direito internacional. A natureza universal destes direitos e liberdades não admite dúvidas. (...) Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos originais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos governos.

<sup>94</sup> Expressão utilizada em 23 dos 30 artigos existentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

5º da Declaração de Viena, de 1993<sup>95</sup>, em face das objeções apresentadas por Estados não-ocidentais que afirmaram conter no referido texto valores ocidentais apenas.

A Constituição Federal de 1988 ressalta também essa universalidade no art.5º, *caput*, ao usar a expressão ‘todos’, e nos incisos a expressão ‘ninguém’.

Teoricamente, não resta dúvida acerca da universalidade dos Direitos Fundamentais, mas, no plano prático, da concretização, saindo da abstração, a universalidade é um ideal, e adquire o caráter de relatividade, em face das limitações de bens e recursos humanos, financeiros, dentre outros, que se transmudam em restrições e, portanto, regidas são pelos princípios da igualdade e da legalidade.

#### c) Indivisibilidade, Interdependência e inter-relação.

A indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos fundamentais também foram proclamados expressamente pela Declaração de Viena, no parágrafo 51, no sentido de demonstrar a necessidade do resguardo de todos os direitos humanos, sem exclusão de qualquer um que seja, visto que as garantias dos direitos civis e políticos são pressupostos para a consecução dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Tais características são reforçadas pela teoria da dimensão dos direitos fundamentais, defendida pelos constitucionalistas alemães, que não concordam com a expressão “geração”, por render a impressão de superação dos direitos primeiros em face dos mais novos direitos conquistados.

#### d) Direitos subjetivos.

---

<sup>95</sup> A propósito, veja-se o teor: Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais.



Direitos subjetivos são aqueles direitos que podem ser exigidos pelo titular em relação ao destinatário da obrigação. Diante da questão quanto à eficácia dos direitos fundamentais, o problema de classificar tais direitos como subjetivos e/ou objetivos toma realce muito relevante, pois é importante saber da justiciabilidade dos direitos fundamentais, ou melhor, a possibilidade dos direitos fundamentais serem reclamados perante o Poder Judiciário, quando forem omitidos aos seus titulares.

TELES JÚNIOR,<sup>96</sup> após analisar a definição e outros aspectos do direito subjetivo, comenta a impropriedade da terminologia Direitos do Homem, Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais, afirmando que esses *nem sempre são Direitos*. Acrescenta, ainda, que são apenas ideais, *enquanto não se fundarem na legislação positiva dos Estados, enquanto não forem permissões dadas efetivamente por normas do Direito Objetivo, tais Direitos não serão mais do que ideais de Direito*.

Registre-se que os Direitos Fundamentais são aqueles positivados em uma ordem constitucional vigente, conforme esclarecido no início deste capítulo, e sendo as normas constitucionais normas jurídicas superiores, com força de vinculação, são aqueles direitos subjetivos por excelência.

Quanto aos direitos fundamentais do tipo defesa que, em sua maioria, são de natureza negativa, pois exigem uma omissão por parte do Estado, não se questiona se se tratam de direitos subjetivos, em face da viabilidade de sua reclamação, já que não implica dispêndio de recursos econômicos. Porém, a questão esbarra nos direitos fundamentais do tipo prestacionais, em que existe um dispêndio de recursos financeiros para sua implementação, necessariamente, tendo quem diga que não se trata de direitos subjetivos, inviabilizando a eficácia social dos mesmos.

---

<sup>96</sup> *In* Direito Quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 317.

Sobre esse assunto, seguir-se-á com sua análise mais detalhada no próximo capítulo, em que se dedica um estudo pormenorizado, ficando, aqui, apenas o destaque como característica do direito.

### 3.7 Eficácia dos Direitos Fundamentais

Um dos assuntos mais debatidos e estudados pela doutrina diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais que, em sua maioria, exige uma prestação positiva por parte do Estado, pois o reconhecimento dos direitos fundamentais já está consolidado.

Alguns juristas têm buscado inspiração na doutrina estrangeira para criticar a inclusão no texto constitucional dos direitos fundamentais sociais, chegando a classificar estas normas como normas-objetivos, sem se aperceber das diferenças existentes na realidade de cada nação, o que leva a uma construção doutrinária não-aplicável a nossa sociedade pela carência de contextualização. A positivação desses direitos no texto da Constituição é imprescindível para nossa realidade, uma vez que é através do Direito que se buscará a efetivação e a concretização dos mesmos.

Um exemplo dessa diferença de realidade é a Carta dos Estados Unidos que, ao contrário de diversas constituições do século XX, trata de direitos civis e políticos, e não reconhece expressamente os direitos sociais. Segundo o professor americano WILLIAM E. FORBARTH<sup>97</sup>, a razão da Constituição americana não falar nesses direitos deve-se ao fato de ter sido elaborada no século XVIII, omissão esta que a Suprema Corte dos EUA supre por meio da interpretação da lei, na tentativa de fazer com que o bem-estar social seja um direito constitucional.

Outro exemplo, é a vigente Constituição da Alemanha, de 23 de maio de 1949, que, a despeito de ser contemporânea, secular a nossa, não traz em seu corpo os direitos

---

<sup>97</sup> *In*: palestra proferida no STF no dia 16.08.2004, com o encerramento do Ciclo Diálogo Constitucional.

sociais, por eles não suportarem promessas impossíveis de ser cumpridas. Tais direitos estão presentes nas Constituições dos Estados.

A fim de entender a problemática que envolve essa matéria, inicia-se o estudo do assunto, começando pela investigação da eficácia das normas constitucionais em geral. Em seguida, buscar-se-á o alcance e o significado do princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, consubstanciados no § 1º do art. 5º, da CRFB. Segue-se com o estudo da vinculação dos poderes públicos e dos particulares aos direitos fundamentais.

Finalmente, aborda-se a proteção dos direitos fundamentais, dando ênfase à problemática da omissão legislativa e suas ações judiciais, já que de forma genérica a proteção é abordada em tópico acima.

### 3.7.1 Eficácia das Normas Constitucionais em geral: terminologia e classificação

Considerando que os direitos fundamentais consubstanciam-se em normas jurídicas, seja princípios ou regras, produzidas em determinado tempo e espaço para viabilizar a vida em sociedade, seja proibindo, permitindo ou obrigando determinadas condutas ou organizando instituições, o estudo da validade, vigência e eficácia da norma jurídica serve aos direitos fundamentais.

Convém analisar a distinção entre validade, vigência e eficácia de uma norma jurídica, expressões muitas vezes utilizadas sem o rigor técnico de seu real significado e de vital importância para o tema ora em estudo, não existindo uniformidade terminológica entre os autores.

A validade refere-se à existência jurídica de uma norma por terem sido observadas as condições formais e materiais para sua criação e integração no sistema, enquanto que a vigência diz respeito ao tempo de vigor de uma norma jurídica, e a eficácia, a possibilidade de produzir efeitos concretos. Num paralelo com o ciclo da vida, a validade é o nascimento, a vigência e eficácia, é a vivência e a revogação é a morte da norma.

Nesse sentido, eis as palavras de FERRAZ JR.<sup>98</sup>:

*Pelo exposto, validade e vigência não se confundem....De modo geral, cumprido, conforme o caso, o processo prescrito para sua produção, a norma integra-se ao ordenamento e se diz válida...Já a vigência exige a observância de um critério: sua publicação....*

*Uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos...*

---

<sup>98</sup> *In* Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 194.

Alguns autores utilizam a expressão validade no mesmo sentido de vigência, uns identificam validade também como eficácia, e outros utilizam outras expressões para esses mesmos fenômenos.

Por exemplo, as teorias jurídicas realistas (psicológica e comportamentista) são uníssonas em afirmar que a vigência do direito dá-se com a efetividade social das normas jurídicas, confundindo vigência com eficácia<sup>99</sup>.

A propósito disso, veja-se a lição de REALE<sup>100</sup> que utiliza uma terminologia própria e ainda faz o paralelo com a sua teoria tridimensional do direito:

*Não basta que uma regra jurídica se estruture, pois é indispensável que ela satisfaça a requisitos de validade, para que seja obrigatória. A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento).*

*(...). Fácil é perceber que a apreciação ora feita sobre vigência, eficácia e fundamento vem comprovar a já assinalada estrutura tridimensional do Direito, pois a vigência se refere à norma; a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor.*

Por interessar diretamente, a eficácia das normas constitucionais é objeto de estudo antigo pelos doutrinadores, existindo diversas terminologias com enfoques distintos. SARLET<sup>101</sup> divide a eficácia em jurídica e social, afirmando que a primeira diz respeito à aplicabilidade, e a segunda, à efetividade.

No que se refere à classificação das normas constitucionais, há vários tipos a partir de diferentes critérios, mas com um ponto em comum, qual seja, todas as normas da Constituição são jurídicas, e, portanto, têm força de lei, variando apenas quanto à aplicabilidade. A necessidade de classificar as normas constitucionais é patente, pois conduz à compreensão exata da essência da Constituição e eficácia de suas normas.

---

<sup>99</sup> Ver Alf Ross. Direito e Justiça. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 97/100.

<sup>100</sup> In Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 105/116.

<sup>101</sup> *Op cit.*, p. 213.

No Brasil, quem primeiro tratou de classificar as normas constitucionais foi RUI BARBOSA (1891) que, inspirado na doutrina norte americana de GEORGE TUCKER, assim dividiu: normas auto-executáveis e normas não-auto-executáveis.

Seguindo essa mesma linha, PONTES DE MIRANDA dividiu as normas em normas completas e incompletas, sendo as primeiras, as normas que independem de intervenção do legislador para poder ter aplicação plena, enquanto as segundas dependem de uma outra norma para que seus efeitos tenham total satisfação. As normas programáticas foram previstas por este jurista, mas ainda de forma principiante.

Essa divisão clássica sofreu quatro críticas, que levaram à sua superação por outras classificações. Tais críticas foram quanto à terminologia, à produção de efeitos, à completude e à aplicação apenas às constituições liberais.

Nessa nova fase do constitucionalismo social, MEIRELES TEIXEIRA (1968) deu os primeiros passos, dividindo as normas constitucionais em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida, integrando este último grupo às programáticas e às de legislação.

Em seguida, JOSÉ AFONSO DA SILVA, inovando neste assunto, classificou de forma tricotômica as normas da Constituição, a saber: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Por sua vez, BASTOS E AYRES DE BRITO classificaram as normas constitucionais em normas integráveis e inintegráveis, tendo por base o modo de incidência das normas constitucionais, que é pressuposto da eficácia.

Outras classificações vieram por MARIA HELENA DINIZ (normas com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável); BANDEIRA DE MELO (normas

concessivas de poderes jurídicos, normas concessivas de direito, normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida); BARROSO (normas constitucionais de organização, definidoras de direitos e programáticas) e SARLET (normas constitucionais de alta densidade normativa e de baixa densidade normativa). Esse último buscou inspiração nos estudos de CANOTILHO, conforme se percebe pela terminologia empregada.

Já os italianos dividiram as normas constitucionais em duas categorias, a saber: normas programáticas (ou diretivas) e normas preceptivas, aplicáveis aos sistemas de Constituição rígida. Esta classificação peca por inculcar, à primeira vista, que só as segundas são dotadas de eficácia vinculante.

Daí BONAVIDES preferir dividir as normas constitucionais, utilizando as expressões programáticas e não-programáticas, reconhecendo que subsiste o problema em achar um termo para designar as normas preceptivas.

Lembra esse autor que a divisão clássica americana, em cláusulas diretivas e mandatórias, muda apenas quanto à nomenclatura dos italianos, estes responsáveis pelos estudos mais completos nessa matéria, de modo que subdividiram as normas não-programáticas em normas de eficácia imediata e normas de eficácia diferida.

Os italianos elegeram alguns critérios para diferenciar as normas programáticas das não-programáticas. São eles: 1) quanto aos destinatários, são programáticas as normas dirigidas ao legislador, e não-programáticas, as endereçadas aos cidadãos e ao juiz; 2) quanto ao objeto, são programáticas as normas que têm eficácia sobre os comportamentos estatais, e não-programáticas, as que disciplinam relações privadas; 3) e quanto à natureza da norma, as de alto teor de abstração e imperfeição são programáticas, e as completas e concretas são não-programáticas.



### **3.7.2 O princípio da aplicação imediata dos Direitos Fundamentais e a vinculação dos Poderes públicos e dos particulares aos direitos fundamentais**

A eficácia dos direitos fundamentais refere-se à abrangência, sentido e alcance do disposto no art. 5º, § 1º, da CRFB, questão por demais polêmica entre os estudiosos do assunto, e que está ligada à técnica de positivação e às funções dos direitos fundamentais, existindo alguns pontos que merecem ser ressaltados.

Primeiramente, e a despeito da localização do artigo supramencionado, é majoritário o entendimento de que a norma abrange todos os tipos de direitos fundamentais, inclusive os que se encontram fora do catálogo do art. 5º, da CRFB, tanto pela interpretação literal como pela interpretação sistemática. Ademais, a nossa Constituição Federal não deu tratamento distinto para os tipos de direitos fundamentais e mais, existem direitos sociais com caráter de direito de defesa, sendo difícil um direito de defesa que não se transfigure numa necessidade de prestação para ser efetivado.

Quanto ao sentido e alcance, há doutrinadores de postura tímida, avançada e intermediária. Os adeptos da primeira afirmam que os direitos fundamentais alcançam sua eficácia nos termos e na medida da lei. Essa posição deixa para o legislador ordinário a obrigação de regulamentar todos os direitos fundamentais, para somente a partir daí terem tais direitos a eficácia que tanto se almeja. Nesse sentido, a omissão do legislador entorpece e paralisa o usufruto de tais direitos, principalmente nos ordenamentos jurídicos onde impera o pensamento de que não existe obrigação do legislador para realizar sua tarefa típica.

Já os que se filiam à segunda posição, acreditam que, por serem normas de aplicação imediata, todos os direitos fundamentais são de gozo direto, independentemente da

concretização legislativa. Assim, tratando-se de direitos fundamentais, não existe a possibilidade de argumento para não satisfazer, para não concretizar tal direito. Essa postura esbarra na limitação de recursos, o que é perfeitamente superável com organização e planejamento de tais recursos.

Por sua vez, os juristas da linha intermediária defendem que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, desde que o legislador constituinte não remeta a lei à sua concretização e tais normas tenham normatividade suficiente para geração de seus efeitos. Nessa mesma linha, existe quem afirme que a eficácia dos direitos fundamentais obedece à chamada “reserva do possível” e o “mínimo existencial”.

Há quem considere o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais como a principal garantia desses direitos, pois juntamente com as ações judiciais cabíveis, é o meio de concretizar muito de tais direitos<sup>102</sup>. Certamente, prevalecendo a interpretação de que os direitos fundamentais são de gozo direto, conforme mencionado acima, essa é uma relevante garantia.

Todos são unânimes de que a norma, ora em comento, tem aplicação apenas aos direitos e garantias fundamentais, e não as demais normas constitucionais, sendo esse princípio insculpido no art. 5º, § 1º, da CRFB, o marco distintivo das normas de direitos e garantias fundamentais das demais normas constitucionais. Pensar diferente, igualaria todas as normas da Constituição.

No que se refere à vinculação dos poderes públicos e de particulares aos direitos fundamentais, a despeito de não existir menção no art. 5º, § 1º, da CRFB, como ocorre na Constituição Portuguesa, no art. 18/1, e na Constituição Alemã, no art. 1º, III, é consenso na

---

<sup>102</sup> Neste sentido, PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo; Atlas, 2001. p. 51.

doutrina a vinculação a tais direitos no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como nas relações entre particulares, ainda que com especificidades, neste último caso.

No Brasil, tal vinculação decorre do sistema jurídico que, com outras normas, remete à interpretação dessa vinculação dos poderes públicos e dos particulares, por imperiosa necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana, dentre outras.

Neste diapasão, a constitucionalização dos direitos fundamentais deu-se com a incorporação destes em normas positivadas na Constituição, de modo a subtrair o seu reconhecimento e garantia da disponibilidade do legislador ordinário, sujeitando-os ao controle jurisdicional de constitucionalidade, cuja interpretação e aplicação dão-se como normas jurídicas vinculativas.<sup>103</sup>

Inicialmente, nas primeiras Constituições francesas, cuja função era apenas de limitar o poder do Estado, os direitos individuais constituíam-se em meras declarações e vinculavam apenas ao Legislativo e ao Executivo, mas não ao Judiciário e aos cidadãos. Hoje, as Constituições são documentos normativos do Estado e da sociedade que vinculam os Poderes Públicos, tendo os cidadãos mecanismos de proteção contra as ações e as omissões do Poder Legislativo, através do controle da constitucionalidade dos atos normativos, assim como do Executivo, do Judiciário e dos particulares.

Quanto à vinculação do Poder Executivo, aqui surge a questão: pode o agente público deixar de cumprir uma lei sob o fundamento de que ela é inconstitucional, já que a conduta deste deve sempre ter amparo legal.

---

<sup>103</sup> *Op. cit.*, p. 378.

A esse respeito, CANOTILHO<sup>104</sup> diz que o descumprimento da lei sob o argumento de que ela é inconstitucional somente pode ocorrer pelo agente público, quando o cumprimento ferir direito fundamental, já que o funcionário público somente pode fazer o que está prescrito em lei.

Na esfera legislativa, Poder Público também vinculado aos direitos fundamentais, tem-se a questão que se pretende responder inicialmente. Está o legislador obrigado a legislar? Para alguns doutrinadores, não. Outros entendem que está obrigado, pois se não o fizer estará sujeito às ações judiciais previstas para suprimir tal omissão.

Finalmente, no âmbito do Judiciário, tem-se a vinculação dos direitos fundamentais aos seus agentes, inclusive responsável por fazer com que os outros poderes se vinculem a esses direitos, quando acionados através de ações judiciais.

A Ação Civil Pública constitui importante meio de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, embora ainda com algumas ressalvas de alguns julgadores apegados à formalidade, em detrimento da concreção dos direitos constitucionais.

Os remédios contra uma atuação pública ou particular inconstitucional sempre existiram, embora, em princípio, de forma menos abrangente, mas contra as omissões inconstitucionais do Poder Público somente vieram à tona, agora, no século XX, e em particular contra a omissão legislativa, conforme se verá em seguida.

A inconstitucionalidade por omissão, no âmbito político-administrativo, é resolvido no campo das disputas interpartidárias, e no âmbito judicial é solucionado pelos remédios jurídicos contra a negação da justiça constante do nosso sistema. *A vexata questio*

---

<sup>104</sup> *Op. cit.*, p. 443/445.

existe no campo da omissão legislativa, pois não existe um dever de legislar e tal fato se complica nos países de Constituição dirigente.

### 3.7.3 Omissão dos Direitos Fundamentais e sua Proteção Judicial

No que se refere à norma constitucional, onde se consubstancia a “Prioridade Absoluta” dos direitos fundamentais infanto-juvenis, tem-se observado que o desrespeito ocorre mais por omissão do que por ação, pois quando ocorre uma ação no sentido de observar esta norma, já se está a cumpri-la.

Desta feita, destacamos, neste tópico, as omissões legislativas, executivas, judiciais e familiares no que se refere à “Prioridade Absoluta” dos direitos fundamentais de crianças e de adolescentes.

Ao comentar as espécies de omissões inconstitucionais, CANOTILHO<sup>105</sup> assim se manifesta acerca da inércia legislativa:

*O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.*

No regime específico dos direitos de defesa, tem-se a vinculação das entidades públicas como traço caracterizador, conforme mencionado anteriormente. O legislativo, como entidade pública, está sujeito a essa regra, que possui um sentido negativo e um sentido positivo. No primeiro caso, entende-se que existe uma vedação na produção de atos legislativos que afrontem tais direitos, enquanto que no segundo caso, entende-se que o legislador deve realizar os atos legislativos imprescindíveis para efetivação dos direitos fundamentais carecedores de regulamentação.

---

<sup>105</sup> *Op. cit.* p. 1023.

Por sua vez, a questão não é muito pacífica, quando se trata do regime dos direitos sociais que são, em sua maioria, de natureza prestacional, ou seja, exige uma prestação por parte do Estado, que significa a elaboração de políticas públicas e previsão orçamentária.

No caso do Brasil, muito bem se posicionou o Ministro VIDIGAL<sup>106</sup>, quando afirmou ser lamentável que, 16 anos depois, muitas das leis que a Constituição determinou que fossem criadas, não tenham saído do papel. Para ele, a sociedade brasileira ainda está carente de leis que digam respeito à agilização da Justiça. Afirmou, ainda, que *o último levantamento que chegou às minhas mãos é de que falta algo em torno de 200 leis para que se possa cumprir melhor a Constituição*. Daí, o Ministro concluiu:

*Espero que este aniversário sirva de reflexão aos legisladores, aos senadores, aos deputados e às elites pensantes do Direito, para que nós possamos aticar o Poder Legislativo a fim de que a sociedade possa receber, enfim, as leis complementares e ordinárias que ainda faltam.*

Em sentido oposto, tem-se o fenômeno da “enchente legislativa”, muito praticada no Brasil e objeto de várias críticas, principalmente em matéria penal, que através de leis de ocasião implementa um simbolismo sem precedentes na história, que se propõe a resolver questões fundamentais, e não passam de normas simbólicas.

No âmbito da infância e da juventude, a omissão legislativa tem impacto de grande relevância, pois trata-se de uma categoria de pessoas que serão responsáveis, no futuro, pela continuação da sociedade, e quando se pensar em agir, elas já estarão adultas e não se poderá mais fazer nada ou pouco se poderá fazer.

Sabe-se, ainda, que as crianças e os adolescentes, por serem pessoas em desenvolvimento, vulnerável por demais às agressões das mais diversas ordens e origens, tais como: familiar, do poder público, da sociedade, faz parte do grupo dos excluídos, ao lado das

---

<sup>106</sup> Pronunciamento feito no dia 05.10.2004, às 15h, no STJ, quando do primeiro encontro oficial da comissão encarregada de estudar a criação de varas especializadas em questões agrárias, veiculado no site [www.stj.gov.br/noticias](http://www.stj.gov.br/noticias).

mulheres, dos índios, dos idosos, dentre outros, tendo sido consideradas, no passado, como cidadãos de segunda categoria.

As omissões do Poder Executivo são maiores e mais desastrosas do que as omissões do Poder Legislativo, principalmente num Estado como o nosso, em que as competências dos Executivos federais, estaduais e municipais são enormes frente aos outros Poderes do Estado.

A inconstitucionalidade das normas e atos administrativos podem ocorrer por ação ou omissão dos autores da conduta. Essas condutas, quando são comissivas, deixam às claras a violação que cometem, podendo ser atacadas de forma preventiva ou repressiva, judicial ou política. A proteção é bem mais restrita, quando se trata de inconstitucionalidade por omissão.

As omissões do Poder Judiciário ferem o princípio maior de Acesso à Justiça, como a última instância que o cidadão pode recorrer para ver efetivados os seus direitos, pondo em xeque a existência do Estado Democrático de Direito.

Por fim, as omissões praticadas por particulares, seja a própria família da criança seja de qualquer outro cidadão, também são danosas aos direitos fundamentais infanto-juvenis, já que todos são obrigados a respeitá-los e mais difíceis de fiscalização pela difusão dos obrigados, somente sendo possível através da educação continuada dos cidadãos, com investimentos imediatos e de resultados.

A proteção judicial contra a omissão legislativa dá-se através do Mandado de Injunção, cabível “*sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdade constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*” (art. 5º, inciso LXXI, da CRFB). E, também, da Ação Direta de



Inconstitucionalidade por Omissão, institutos parecidos, mas diferentes quanto à legitimação e quanto ao objeto.

CLÈVE<sup>107</sup> esclarece a diferença entre os institutos, fazendo um estudo comparado deles, para, ao final, concluir da seguinte forma:

*Enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão configura instrumento do controle abstrato da constitucionalidade, voltado para a defesa ("integridade") da Lei Fundamental, o mandado de injunção constitui remédio constitucional voltado, primordialmente, para a defesa de direito constitucionalmente definido e dependente de norma regulamentadora.*

Por oportuno, convém transcrever as palavras de SARLET<sup>108</sup> acerca da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção como fundamento para não outorgar a todas as normas constitucionais a aplicabilidade direta e a sua plenitude eficaz:

*O Mandado de Injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão se encontram, isto sim, a serviço da aplicabilidade imediata, da eficácia e, portanto, também da efetividade das normas constitucionais, situando-se, contudo, em plano diverso – embora não incompatível – desta norma de natureza eminentemente (ao menos preponderantemente) material*

A par desse controle judicial por ação ou exceção (repressivo), tem-se ainda o controle preventivo ou *a priori* (controle político) feito pelo Chefe do Poder Executivo através do veto e pela Comissão de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, porém, aplicável em casos de ações inconstitucionais, e não nas omissões.

A iniciativa popular, acatada pelo Constituinte de 1988 de forma muito tímida no art. 61, da Carta Magna, também constitui uma forma de proteção contra as omissões legislativas, sendo de caráter político, e não judicial como as mencionadas logo acima.

Contra as omissões do Poder Executivo, um dos mecanismos de defesa da Constituição, e conseqüentemente dos direitos fundamentais, é a fiscalização da

---

<sup>107</sup> In A fiscalização abstrata da constitucionalização no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 363.

<sup>108</sup> *Op. cit.* p. 243-4.

constitucionalidade, que é atribuída a um ou mais órgãos estatais (controle difuso ou concentrado), com o fim de preservar e garantir a Supremacia da Lei Fundamental, decorrente da rigidez que lhe é apanágio.

A fiscalização repressiva ou *a posteriori* da constitucionalidade, no nosso sistema jurídico, pode ocorrer de forma direta ou principal (concentrada) ou incidental (difusa), no âmbito do Poder Judiciário. Na primeira forma, tem-se a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta interventiva. Na segunda forma, dá-se em qualquer tipo de ação, seja de conhecimento, de execução ou cautelar.

A proteção contra as omissões do Poder Judiciário e do Poder Executivo, no que se refere aos processos judiciais e administrativos, encontra-se presente no próprio sistema processual vigente, mas tem-se mostrado ineficiente para o seu combate, conforme se observa da morosidade que assola a atividade judicial e administrativa. Em razão disso, recentemente foi acrescentado como direito fundamental expresso a resposta rápida aos processos judiciais e administrativos, através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, cujo texto abaixo se transcreve.

*LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Este foi um grande passo contra as omissões dos agentes públicos que não davam uma resposta aos requerimentos, fazendo o processo se arrastar por anos a fio, em total desrespeito ao direito do cidadão, reconhecendo a verdade constante da expressão: “justiça tardia é injustiça”.

A proteção contra as omissões dos familiares e da sociedade encontra-se disseminada na legislação infraconstitucional, tais como: no Estatuto da Criança e do

Adolescente (medidas aplicadas aos pais e responsáveis previstas no art. 129, as infrações administrativas e criminais). Também no Código Penal (crimes de abandono de incapaz, omissão de socorro, crimes comissivos por omissão, crimes de abandono material, intelectual e moral etc), e no Código Civil (deveres dos pais em relação aos filhos menores), dentre outros.

Mesmo diante de todos esses instrumentos, judiciais que visam a garantir a concretização dos direitos fundamentais, muito se tem por fazer, o que somente será alcançado com a existência de amor entre os homens, sentimento que predispõe alguém a desejar o bem de outrem, ou de alguma coisa, o que já foi ressaltado por juristas estrangeiros, como mais um instrumento de garantia para concretização da Constituição e de suas normas, assunto este objeto de estudo no segundo capítulo desse trabalho.

#### 4      **NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS E REGRAS**

A teoria geral dos princípios é considerada o coração da moderna constitucionalística, uma vez que os princípios constitucionais são as normas das normas, a parte central e mais importante, as normas supremas do ordenamento jurídico, nas palavras lúcidas de BONAVIDES.

Conforme já dito anteriormente, no Estado Democrático de Direito, a Constituição é o “cérebro”, os princípios jurídicos são o “coração”, enquanto os direitos e garantias fundamentais são os “pulmões”, formando esses três “órgãos vitais” a essencialidade deste modelo de Estado. Os princípios são o coração porque, fazendo um paralelo com o órgão do corpo humano, é o lugar sede dos sentimentos, das emoções; é a representação do amor.

Diante de tão grande importância e da existência de princípios jurídicos específicos no âmbito do Direito da Infância e da Juventude, este capítulo presta-se a realizar um estudo sistematizado dos princípios jurídicos, embora sem a pretensão de esgotar o assunto.

Para tanto, estudar-se-á, agora, os princípios de um modo geral para, no último capítulo, analisar o princípio da “Prioridade Absoluta” como norma constitucional fundamental, seus efeitos e destinatários.

Assim, inicialmente analisa-se o conceito, a natureza jurídica, a evolução histórica, as funções, as classificações, características dos princípios constitucionais, como uma espécie de princípio jurídico que integra o ordenamento jurídico na qualidade de norma, com força de lei, imperatividade e vinculação.

Pretende-se, com isto, dá cientificidade ao princípio da “Prioridade Absoluta”, que rege toda a ação ou omissão do Poder Público e dos particulares, sem esquecer que o mesmo está inserido num sistema complexo de normas e que, por isso, segue a interpretação dos princípios baseada na ponderação de peso no caso concreto, e não no âmbito de validade como acontece com as regras.

Tem-se, ainda, a intenção de trazer à tona o estudo e a aplicação do princípio da “Prioridade Absoluta”, a fim de que se faça efetivo no meio social, jurídico e político, já que é vontade da Constituição garantir primazia plena aos direitos fundamentais de crianças e de adolescentes, devidamente justificada, por ser uma efêmera fase da vida humana de grande relevância para as outras fases.

#### 4.1 Valores e Princípios Jurídicos

Os valores<sup>109</sup> dominantes, em determinada sociedade, influenciam diretamente no sistema normativo o momento em que os legisladores elegem os princípios fundamentais, meios de proporcionar uma convivência harmoniosa e segura no convívio social, pois este é o fim do Direito.

Também os valores influenciam diretamente na ação executiva e judiciária, uma vez que norteiam as ações e condutas que se realizam nessa seara, sempre em busca da melhor e mais justa solução para as pessoas.

Por essa relevância, muito bem escreveu VERDÚ<sup>110</sup>, ressaltando o papel dos valores, oportunidade em que afirmou:

*O Estado Social e Democrático de Direito cobra sentido e se enche de conteúdo, assim, mediante o reconhecimento e concretização dos valores através de uma ação legislativa, administrativa e judicial que se harmonize com os sentimentos do Direito e do justo da sociedade.*

Os principais valores éticos, políticos e jurídicos que ordenam a sociedade e o Estado são positivados através dos princípios jurídicos, normas de natureza deontológicas, sem esquecer que os valores, também, se consubstanciam em regras, outra espécie de norma jurídica. Portanto, os valores antecedem às normas jurídicas.

Nesse sentido, CABRAL DE MONCADA<sup>111</sup> assim se expressa:

---

<sup>109</sup> A propósito, registre-se que Juarez Freitas divide as normas em três níveis, a saber: princípio, regras e valores, sendo estes considerados quase com o mesmo sentido de princípios, com a única diferença de que os princípios, conquanto encarnações de valores e justificadores do sistema, têm a forma mais concentrada de diretrizes, que falta àqueles, ao menos em grau ou intensidade. *In A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 56-58.

<sup>110</sup> *Op. cit.*, p. 178.

*Os valores revelam-se, portanto, através das normas e outro material positivo, mas isso não significa que sejam elas que verdadeiramente os criam. Os valores são obviamente anteriores às normas positivas, apenas sucedendo que são estas que concretizam o vago conteúdo axiológico em causa, transformando-os em regras deontológicas de conduta.*

Por sua vez, a palavra princípio é polissêmica<sup>112</sup>. Ela deriva do latim *principium*<sup>113</sup> que significa começo, origem. Em geometria, é utilizada como ‘verdades primeiras’<sup>114</sup>. Já o Novo Testamento diz que “o princípio era o Verbo”<sup>115</sup>, no sentido de que no começo era a palavra, sendo essa a origem do mundo.

No âmbito da ciência jurídica, pode-se conceituar princípio como norma base de um determinado sistema, que lhe serve de fundamento e alicerce, positivados a partir de certos valores elegidos na sociedade, orientando todos os atos praticados pelo Poder Público e pelos particulares.<sup>116</sup>

Toda ciência utiliza-se de princípios próprios, o que não é diferente com a ciência jurídica. Tais princípios são essenciais para compreensão do assunto estudado e investigado, sendo de grande relevância a sua instituição para estruturar um sistema articulado de conhecimentos acerca de determinado objeto.

---

<sup>111</sup> *Apud* André Ramos Tavares. *Elementos para uma teoria geral dos princípios*. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

<sup>112</sup> O Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira descreve os vários sentidos desta expressão, a saber: “*Princípio*. [Do lat. *Principiu*.] *S. m.* 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem (...) 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. *P. ext.* Base; germe (...) 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc]. *Princípios*. (...). 4. Filos. Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado.”

<sup>113</sup> De Plácido e Silva. Vocabulário jurídico. Volume III, p. 447.

<sup>114</sup> Luís Díez Picazo, *apud* Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional. p. 228.

<sup>115</sup> Bíblia Sagrada. Evangelho segundo São João 1:1.

<sup>116</sup> Segundo Genaro Carrió, a expressão princípios jurídicos pode ser usada em dez sentidos distintos. *Apud* Ruy Samuel Espíndola. Conceito de princípios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 56.

Na qualidade de norma base dentro de um sistema jurídico, que fundamenta e orienta todas as demais regras, nota-se a importância dos princípios e sua indispensabilidade para os aplicadores e intérpretes do Direito.

Nesse momento, registre-se que RÁO, já na década de 50, afirmava com categoria e lucidez que a ignorância dos princípios *quando não induz a erro, leva à criação de rábulas em lugar de juristas*<sup>117</sup>.

Embora em área específica, mas pela propriedade das palavras empregadas, o administrativista BANDEIRA DE MELLO a respeito da importância e influência de um princípio jurídico, assim o define:

*Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.*

Continua o mesmo autor:

*Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, pois implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, por que representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremersível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.*<sup>118</sup>

Um conceito de princípio que abranja todas as suas características, funções e natureza é muito difícil de alcançar. Daí, ter-se vários conceitos, conforme a visão enfocada pelo autor.

Mas especificamente, os princípios constitucionais são aquelas normas de mais alto valor hierárquico dentro do ordenamento jurídico, seja porque são princípios (norma base), seja porque estão inseridos no corpo da Constituição (Lei Maior).

---

<sup>117</sup> In O Direito e a Vida dos Direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 48.

<sup>118</sup> In Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545-546.



BARROSO<sup>119</sup> e RIBEIRO BASTOS<sup>120</sup> definem os princípios constitucionais como a síntese dos valores principais da ordem jurídica.

A noção de Constituição é importante para entender os princípios constitucionais, pois sendo esses, normas que se encontram positivadas naquela, terão a mesma natureza daquele. Dessa forma, tornou-se necessário estudar o conceito de Constituição, que envolve o estudo de suas funções e estrutura no Direito Constitucional contemporâneo. Tal foi feito no capítulo segundo deste trabalho.

Hodiernamente, a Constituição perdeu aquela idéia de carta política de meras recomendações, sem força de direito. A Lei Fundamental tem força normativa que obriga o poder público e os particulares, configurando-se, também, em carta jurídica. Conseqüentemente, as normas constitucionais são portadoras das mesmas características.

É interessante, ainda, destacar que, atualmente, na moderna metodologia jurídica, as normas são gênero do qual os princípios e as regras jurídicas são espécies. Essas normas não dizem, em si mesmas, se são princípios ou regras, ficando tal tarefa a cargo do jurista.

A distinção entre princípios e regras, como espécies de normas jurídicas, é objeto de estudo dos mais renomados constitucionalistas e um ponto por demais complexo, não havendo uniformidade de opiniões sobre o assunto.

O jurista americano DWORKIN, em 1967, trouxe à tona a questão da diferença de princípios e regras, tema que já havia sido tratado por ESSER nos anos 50, oportunidade em que criticou o estudo de HART<sup>121</sup>. DWORKIN afirma existir diferença de natureza entre os dois tipos de norma. Diz que as regras são aplicadas em uma situação de tudo ou nada, e que os

---

<sup>119</sup> *In* Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

<sup>120</sup> *In* Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 143.

<sup>121</sup> Hart responde a crítica de Dworkin em pós-escrito, em 1993, pouco tempo antes de falecer.

princípios são aplicados por ponderação. Uma regra, para não ser aplicada, diz ele, precisa ser totalmente descartada (juízo de validade ou invalidade), enquanto um princípio será apenas confrontado com outros princípios e aplicado ou não depois de um juízo de ponderação.

ALEXY<sup>122</sup>, ao enumerar as diferenças entre os tipos de normas, princípios e regras, afirma que são três teses fundamentais da teoria dos princípios, a saber: a primeira delas é que os princípios jurídicos, entendidos como mandados de otimização, não se diferenciam das regras por serem mais genéricos, mas por serem normas de tipos diferentes, pois são normas '*prima facie*', que se aplicam na maior medida possível, enquanto as regras são mandados definitivos, que se aplicam ou não. Isto quer dizer, por sua vez, que as regras se aplicam em qualquer contexto em que ocorrerem as condições (fáticas e jurídicas) previstas pela própria regra para sua aplicação. A segunda é que se duas regras conflitantes são aplicáveis no mesmo contexto, então uma delas deve ser tida por revogada (integral ou parcialmente). Já o conflito de princípios, no caso concreto, não implica revogação de um deles. Apenas o juiz terá que justificar porque, naquele caso, um princípio tem precedência sobre o outro, tendo em vista as condições envolvidas pela questão. A terceira conclusão é de que os princípios jurídicos não são normas que se aplicam em todos os contextos. Ao contrário, como a precedência de um princípio sobre outro depende das condições fáticas e jurídicas envolvidas, isto significa que os princípios não se aplicam em todos os contextos que, à primeira vista, regulam, mas têm sua aplicação condicionada em certa medida pelo contexto. É a lei da ponderação.

CANOTILHO<sup>123</sup> enumera alguns critérios capazes de distinguir esses dois tipos de normas. São eles: a) grau de abstração; b) grau de determinabilidade; c) caráter de

---

<sup>122</sup> In: Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: universidad externado de colômbia, 2003.

<sup>123</sup> In: Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1146-1147.

fundamentalidade; d) proximidade da idéia de direito; e) natureza normogenética, assim explicitados:

*a)Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.*

*b)Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador?do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa.*

*c)Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex:princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex:princípio do Estado de Direito).*

*d)Proximidade da idéia de direito: os princípios são <standards> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <justiça>(Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.*

*e)Natureza normogenética: os princípios são fundamentais de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.*

Esse constitucionalista português, concordando com a opinião do jurista alemão, destaca, ainda, que a diferença primordial entre princípios e regras é de natureza qualitativa, e não quantitativa, pois os princípios são normas de otimização, cuja convivência conflitual é resolvida segundo o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes, por isso eles coexistem, e não se excluem como acontece com as regras.

GUASTINI<sup>124</sup> diz que princípios podem ser normas que fundamentam outras normas de três maneiras: 1) como fundamento lógico (uma norma mais geral contém em si outra norma mais específica); 2) fundamento teleológico (uma norma que indica o fim serve de fundamento a uma norma que determina os meios para aquele fim); 3) fundamento de validade (uma norma dá as condições de competência para que outra norma se produza).

---

<sup>124</sup> In *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 449.

Já que o assunto sobre diferença entre princípios e regras caminha junto com o tema colisão de normas, pois este é um traço característico, faz-se mister uma breve análise.

O princípio da Supremacia da Constituição, que consubstancia uma das várias funções de uma Constituição, conforme mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, não permite a existência de antinomias e incompatibilidades de normas dentro do ordenamento jurídico, que tem como característica a unidade, harmonia e completude do sistema.

O ordenamento jurídico é um sistema complexo caracterizado pela unidade de suas normas, uma vez que não se admite incompatibilidades. Mas, existindo normas incompatíveis entre si, utiliza-se algumas regras capazes de resolver as antinomias.

Assim, aparecendo colisão entre princípios, entre regras e princípios e entre regras, cada um tipo específico tem sua solução distinta. Por interessar de perto ao tema ora em análise, a colisão entre princípios ou, como preferem os alemães, “tensão entre princípios”, resolve-se pela dimensão do peso entre bens no caso concreto, conforme já citado acima, nominado de princípio da proporcionalidade, norma solucionadora dos conflitos ou tensões que se apresentam.

Outros estudiosos não concordam que existam diferenças qualitativas entre princípios e regras, rebatendo as opiniões, acima transcritas, sob diversos argumentos, tais como: não existe diferença entre princípios e regras, pois são apenas normas que aplicam de diferentes maneiras (GÜNTHER); tratar os princípios como mandados de otimização retira a natureza deontológica, visto que seriam apenas valores com sentido teleológico (HABERMAS); dentre outros, como Marcelo Neves.

Tais objeções foram devidamente rebatidas pelo próprio ALEXY e também por outros autores como ATIENZA e RUIZ MANERO, que não concordaram com elas por serem exageradas e absolutas, ratificam a diferença existente entre os dois tipos de normas.

## 4.2 Jusnaturalismo, Positivismo e Pós-positivismo

A trajetória dos princípios é longa no tempo. De acordo com o que já foi esclarecido, eles não foram tomados como normas inicialmente, sendo isto uma inovação alcançada recentemente, no Estado de Direito contemporâneo.

Observa-se que a normatividade dos princípios somente foi considerada a partir de meados do século passado, através de CRISAFULLI, pois antes desse período os princípios eram considerados apenas como verdades objetivas<sup>125</sup>, verdades jurídicas universais e pensamentos diretivos<sup>126</sup>, orientações e diretivas de caráter geral<sup>127</sup>.

BONAVIDES<sup>128</sup> divide em três momentos a trajetória dos princípios, coincidindo com as correntes do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. No primeiro momento, os princípios tinham natureza abstrata e metafísica, cuja normatividade era duvidosa, quiçá nula. Seguiu-se com a fase positivista em que os princípios foram positivados nos códigos e tinham a função primordial de preencher lacunas da lei. Finalmente, chega-se à fase atual, denominada de pós-positivismo, em que os princípios são positivados nos textos constitucionais como normas jurídicas vinculantes, vigentes, eficazes e integradoras, de superioridade hierárquica incontestável.

Em outra passagem, esclarece o supracitado autor:

*Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade.*

---

<sup>125</sup> Luís Díez Picazo, *apud* Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 229.

<sup>126</sup> F. de Clemente. *Apud* Paulo Bonavides. *Idem*.

<sup>127</sup> Corte Constitucional italiana. *Apud* Paulo Bonavides. *Idem*.

<sup>128</sup> *Op. cit.* p. 232-238.

*Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância.<sup>129</sup>*

Percebe-se que de meras orientações, sugestões ou conselhos valorativos, os princípios passaram à categoria de norma jurídica da mais alta hierarquia dentro do ordenamento jurídico, um salto gigantesco e de grande ganho para a moderna constitucionalística, pela flexibilidade e possibilidade de atualização que essas normas possuem e propiciam.

Neste atual estágio, os princípios são mandados de otimização com carga de valor muito alta, estando em voga o seu estudo e conhecimento, pelas características e funções de que são portadores, considerados normas das normas.

---

<sup>129</sup> In Curso de Direito Constitucional..., p. 263.

### 4.3 Funções dos Princípios Jurídicos

Assentada a natureza normativa presente hoje nos princípios jurídicos, passa-se, agora, à multifuncionalidade dos mesmos, a saber: interpretativa, integrativa, diretiva, limitativa e prescritiva, ao contrário do que se prestava em tempos antigos, em que os princípios não eram considerados normas e tinha função apenas de colmatar lacunas no sistema jurídico, portanto uma função eminentemente subsidiária.

A função interpretativa dos princípios dá-se no momento em que estes cumprem o papel de orientar as soluções jurídicas de casos concretos, bem como atualizar as idéias à realidade social em que têm aplicação.

Já a função integrativa ocorre nos momentos de vazios normativos na ordem jurídica, servindo os princípios para preencher espaços, o que faz com muita propriedade, já que sendo norma de otimização, eles não descem a minúcias e servem para orientar as decisões.

No que se refere à função diretiva (ESPÍNDOLA), limitativa (BOBBIO) ou fundamentadora da ordem jurídica (F. DE CASTRO e TRABUCCHI), elas são voltadas para o Poder Público, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário, cujos atos são orientados e limitados pelos princípios, dos quais dependem a validade e eficácia de suas decisões, como também podem ser endereçados aos particulares, juntamente com aqueles, uma vez que a visão positivista extremada de que as normas são apenas dirigidas para juízes não subsiste em tempos de pós-positivismo.



A função prescritiva foi colocada pelo Professor DINIZ,<sup>130</sup> que lembra ser esta uma função de algumas normas, notadamente, os princípios-garantia, que independem de desdobramentos para se fazer valer.

A propósito, eis o comentário do citado autor:

*Os princípios que têm função também prescritiva permitem fundamentar autonomamente, a partir deles, recursos de direito, além de fornecerem diretivas materiais de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, e vinculam o legislador no momento legiferante. Daí Canotilho reconhecer uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa, aos princípios –garantia.*

Todas estas funções decorrem da atual posição dos princípios dentro do ordenamento jurídico, funções essas que os acompanham em maior ou menor grau, de acordo com a espécie de princípio enfatizado.

Registre-se, ainda, que estas funções de interpretação, integração, direção e prescrição reforçam a natureza de mandado de otimização realçada acima, como um dos critérios distintivos das regras, no sentido de que os princípios buscam alcançar o valor ótimo de decisões e determinar de forma mais justa possível a solução de caso posto.

Desta feita, o sentimento jurídico, como a sensibilidade necessária para uma compreensão correta do Direito, deve existir em relação aos princípios, pois do contrário não cumprirá sua natureza de mandado de otimização.

---

<sup>130</sup> In A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 54-55.

#### 4.4 Classificação dos Princípios Jurídicos e dos Princípios Constitucionais

Não é uniforme, muito menos unânime a tipologia dos princípios jurídicos e, conseqüentemente, dos princípios constitucionais. Diante disso, será ressaltada algumas classificações de autores que se dedicaram ao estudo dos princípios.

Os princípios jurídicos subdividem-se em: princípios constitucionais ou fundamentais e princípios gerais de Direito. Nas bem colocadas palavras do Professor DINIZ<sup>131</sup>, os princípios gerais do direito *são aqueles que constituem um importante instrumento na interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Já os princípios constitucionais são as representações políticas do legislador constituinte, os quais serão analisados logo em seguida.*

EROS GRAU<sup>132</sup> subdivide os princípios jurídicos em princípios positivos do Direito e princípios gerais do Direito. Aqueles são valorados segundo as dicotomias analíticas do válido ou inválido, vigente ou não, eficaz ou ineficaz, adequadas à análise do Direito enquanto sistema de normas positivas. Estes são valorados segundo a idéia do falso e do verdadeiro, conforme análises descritivas da Ciência Jurídica, ainda não positivados, mas que podem ser reformulados pela jurisprudência.

Outra classificação que merece destaque é aquela que divide os princípios jurídicos em expressos ou não-expressos, sendo que aqueles podem ser ainda explícitos ou não-explícitos. Os princípios expressos constam do ordenamento jurídico de forma explícita

---

<sup>131</sup> *Op. cit.*, p. 60.

<sup>132</sup> *Apud* Ruy Samuel Espíndola. *Op. cit.* p. 56-60.

ou decorrente, enquanto os princípios implícitos não se encontram positivados em normas, pois são extraídos da natureza das coisas.

Os princípios constitucionais, já definidos no primeiro ponto deste trabalho, por interessar ao tema e até pela maior importância dentro do sistema jurídico, considerado o coração do Estado de Direito, nesta fase do constitucionalismo, será melhor explorado neste tópico.

Os princípios constitucionais são subdivididos por CANOTILHO<sup>133</sup> em: princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. Os primeiros são os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram recepção expressa no texto constitucional<sup>134</sup>. Os segundos são o cerne político de uma constituição política. Os penúltimos são os definidores dos fins do Estado conhecidos como normas programáticas. Por fim, os princípios-garantia são aqueles que enunciam os direitos e garantias individuais, coletivas e direitos sociais.

JORGE MIRANDA classifica os princípios constitucionais em substantivos e adjetivos. Por sua vez, os primeiros subdividem-se em axiológicos fundamentais e políticos-constitucionais. Os princípios constitucionais substantivos são válidos em si mesmos e espelham os valores básicos a que adere a Constituição material, enquanto os princípios instrumentais são de alcance técnicos e complementares dos primeiros e correspondem à estruturação do sistema constitucional, em moldes de racionalidade e operacionalidade. Os princípios axiológicos fundamentais são os limites transcendentais do poder constituinte, ponte de passagem do direito natural para o direito positivo. Os princípios políticos-constitucionais

---

<sup>133</sup> *Op. cit.* p. 1150-1153.

<sup>134</sup> O professor José Diniz de Moraes não concorda com esta opinião, afirmando que equivale ao seu conceito de princípios gerais de Direito. *Idem.*

são os limites imanentes do poder constituinte, os limites específicos da revisão constitucional, próprios ou impróprios, e aos princípios conexos ou derivados de uns e de outros, os quais refletem as grandes marcas e direções caracterizadoras de cada Constituição material diante das demais.<sup>135</sup>

Da análise de todas essas classificações, conclui-se que elas dão enfoques distintos, ora realçando a função, ora a forma de positivação, ora o valor positivado, porém todas com sua importância para o entendimento desse tipo de norma.

---

<sup>135</sup> *Apud* André Ramos Tavares. *Op. cit.* p. 42-44.

#### 4.5 Características dos Princípios

É pacífico, atualmente, o entendimento de que os princípios são normas jurídicas assim como as regras, caracterizam-se pela sua natureza deontica como preceito jurídico que obriga, proíbe e permite. Os princípios são normas com características próprias que os diferenciam das regras. Podemos destacar as seguintes: generalidade, gradualidade, indeterminabilidade, abstratividade, sistematicidade, relatividade, aplicabilidade imediata ou programaticidade.

Os princípios constitucionais, na qualidade de espécie de princípios jurídicos, também possuem características próprias, o que foi muito bem classificado pela constitucionalista ROCHA<sup>136</sup>, algumas coincidentes com as características dos princípios gerais. São elas: generalidade, primariedade, dimensão axiológica, objetividade, transcendência, atualidade, poliformia, vinculabilidade, aderência, informatividade, complementariedade e normatividade jurídica, assim explicitados.

A característica da generalidade<sup>137</sup> consiste no fato de que eles não pontuam hipóteses concretas de regulações jurídicas. TAVARES<sup>138</sup> chama de abstratividade, pois *implica na capacidade de alcançar um grande e indefinido número de situações concretas, nelas incidindo com seu comando normativo mínimo.*

---

<sup>136</sup> *Apud* Ruy Samuel Espíndola. *Op cit.* p. 81-89.

<sup>137</sup> Essa característica foi a primeira nota distintiva entre regras e princípios proposta por Boulanger. *Apud* Ruy Samuel Espíndola. *Op. cit.* p. 69.

<sup>138</sup> *Op. cit.* p. 37.

A primariedade significa que os princípios constitucionais são os primeiros dentro do sistema constitucional, dos quais decorrem os subprincípios. A autora desdobra essa primariedade em histórica, jurídica, lógica e ideológica.

A dimensão axiológica indica que os princípios constitucionais possuem conteúdo ético, porém, não são verdades absolutas e sujeitam-se sempre à mutabilidade e à dialogicidade do meio sociopolítico em que atuam.

A objetividade consiste em que os princípios constitucionais possuem substância própria, contrapondo-se à subjetividade e à aleatoriedade que poderiam ser proporcionada pela interpretação descomprometida e desvirtuada.

Continua a autora explicando a transcendência dos princípios constitucionais que superam a elaboração normativa constitucional formal e desenvolvem-se no ordenamento jurídico com a mais vigorosa diretriz política, legislativa, administrativa e jurisdicional.

A atualidade é característica em que os princípios constitucionais se revelam sempre em consonância com o ideário político e jurídico vivenciado em determinado momento na sociedade.

A poliformia indica que os princípios constitucionais têm conteúdo político ativo, o que faz com que eles tenham multiplicidade de sentidos e impeçam o emperramento do sistema, com a imutabilidade das normas da Constituição.

Diante de todas essas características dos princípios constitucionais, a versatilidade da hermenêutica ganha campo e força, sendo hoje ponto de destaque entre os doutrinadores.

## 5 A PRIORIDADE ABSOLUTA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE GARANTIA FUNDAMENTAL

O Direito é um sistema aberto de normas, em razão de nossa relativa ignorância do fato e indeterminação de finalidade, já que é fruto da atividade humana, segundo advertiu HART (1961)<sup>139</sup>.

Desta feita, não podia ser diferente com a Constituição Federal de 1988 que, também, é um sistema normativo aberto de princípios e regras, composta de normas que fundamentam, orientam, caracterizam, positivam os direitos e garantias fundamentais.

Diante da natureza jurídica e importância dos princípios em um determinado ordenamento, todos os ramos do Direito têm seus princípios específicos ao lado dos princípios gerais que orientam todo o sistema a qual estão inseridos.

Também não é diferente com o Direito da Infância e da Juventude, subsistema que possui seus princípios jurídicos norteadores, a par dos outros princípios das ciências do direito, dentre eles, o da “Prioridade Absoluta”, o da proteção integral, o do melhor interesse da criança, da responsabilidade concorrente, dentre outros, todos baseados na doutrina da proteção integral e no reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento.

Neste sentido, eis as palavras de PIOVESAN e PIROTTA<sup>140</sup>, ao comentar os Direitos Humanos das crianças e dos adolescentes no Direito Internacional e no Direito Interno:

---

<sup>139</sup> In O conceito de direito. Trad. A Ribeiro Mendes. 3. ed., p. 137/168.

<sup>140</sup> In Temas de Direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 278.

*Este novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente. Na qualidade de sujeitos de direito em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantido o direito à proteção especial. (grifos acrescidos)*

É importante destacar que tal ramo do Direito não é estanque e isolado, mas sim interligado com os demais ramos da Ciência Jurídica e com outras ciências, daí o seu caráter horizontal influenciado pelas mais diversas ciências jurídicas, sociais, biológicas, psicológicas, dentre outras, numa verdadeira multidisciplinariedade, tendo inclusive quem afirme que nesta seara a autoridade do direito não mais existe<sup>141</sup>.

O princípio norteador de toda ação ou omissão do Poder Público e dos particulares, quando se tratar de direitos fundamentais de crianças e de adolescentes, é o da “Prioridade Absoluta”, objeto principal dessa investigação e que será diretamente focado a partir deste momento.

A “Prioridade Absoluta” dos direitos fundamentais infanto-juvenis é um critério escolhido pelo constituinte brasileiro de 1988 para realização da Justiça, neste atual contexto que vivenciamos. Critério este que se justifica pelo impacto que causa no crescimento econômico, social e cultural de um país.

A influência direta e indireta de investimentos em Direitos Fundamentais infanto-juvenis no desenvolvimento de uma nação é fato constatado em pesquisas do UNICEF, órgão das Nações Unidas que, desde o ano de 2002, publica pesquisas realizadas mundialmente mostrando a situação mundial da infância e da adolescência.

---

<sup>141</sup> Neste sentido, foi a conferência de Oscar Vilhena intitulada: A erosão da autoridade do direito na área da Infância e da Adolescência, ministrada na Universidade Metodista de São Paulo, em 12.08.2003.



## 5.1 Significado e alcance da expressão constitucional “Absoluta Prioridade”<sup>142</sup>,”

Como dito anteriormente, dentre as normas que compõem o Direito Infanto-juvenil, encontramos a “Absoluta Prioridade” no trato dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, prevista expressamente da Constituição Federal de 1988, mas especificamente no Capítulo que se refere “à família, à criança, ao adolescente e ao idoso”, no Título “Da ordem social”.

Mas o que significa a expressão “Absoluta Prioridade”? Qual o alcance desta norma? Após respondidas tais indagações, verificar-se-á o (s) fundamento (s), a vigência e a eficácia dessa norma no ordenamento jurídico brasileiro, dentro do que já foi colocado nos três capítulos acima, de modo a realizar uma análise filosófica, dogmática, sociológica e psicológica da mesma.

Quanto ao significado, o substantivo ‘prioridade’ significa preferência, primeiro lugar, primazia. Já o adjetivo ‘absoluta’ significa sem restrições, ilimitado, pleno, incondicionado<sup>143</sup>. Portanto, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes são portadores de uma primazia plena quando em conflito com outros direitos fundamentais de adultos e idosos.

No entanto, é preciso destacar que a interpretação semântica e literal das palavras isoladas não é o melhor método jurídico para captar o verdadeiro sentido e alcance da norma,

---

<sup>142</sup> A CRFB de 1988 preferiu a expressão Absoluta Prioridade, enquanto na atividade profissional e diária prefere-se a expressão Prioridade Absoluta, o que em nada prejudica ou modifica o sentido do princípio constitucional, pois ocorre apenas a colocação do adjetivo antes do substantivo como é regra na língua inglesa, mas que não é no vernáculo.

<sup>143</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa.

fazendo-se sempre necessária uma interpretação contextualizada e sistemática da norma dentro do ordenamento jurídico de determinada sociedade.

ROSS<sup>144</sup>, ao escrever sobre o Método Jurídico (Interpretação), destaca os problemas semânticos da interpretação, em sentido estrito, afirmando que a maioria das palavras são ambíguas, e todas as palavras são vagas, e ao final conclui *que o significado preciso de uma palavra numa situação específica é sempre em função da unidade total ou entidade: 'a expressão como tal', 'o contexto' e a 'situação'*.

Então, num primeiro olhar, pode-se entender que a expressão Prioridade Absoluta é exagerada, inapropriada e impraticável, pois nada é absoluto e em tempos de pós-modernidade, a relatividade e a probabilidade são o que temos de certeza.

Os princípios têm como característica a relatividade, conforme foi mencionado no capítulo anterior.

No entanto, a expressão Absoluta Prioridade, contextualizada no cenário nacional de 1988 até hoje, é fruto da indignação das pessoas sensibilizadas pelo constante desrespeito aos direitos de crianças e de adolescentes, tratados muitas vezes como objetos de exploração, violência e todo mal que um ser humano pode ser acometido, sem voz nem defesa, pois são apenas e somente crianças.

A vigente Constituição brasileira é fruto do processo de redemocratização do nosso Estado, sobrevivente da ditadura militar, que afugentou os direitos humanos, desrespeitando mortalmente a liberdade dos indivíduos.

Sabe-se que, no tempo de ditadura militar, o famigerado Código de Menores tratava as nossas crianças pobres como objetos, sem direitos de qualquer espécie, como se

---

<sup>144</sup> In Direito e Justiça, p. 164.

fossem a escoria e a vergonha do Brasil. Diga-se de passagem, essa lei somente era aplicada às crianças pobres e desamparada, em face da doutrina da situação irregular, porque as ricas tinham a proteção de seus familiares, baseada na doutrina da situação irregular.

LIBERATTI<sup>145</sup> foi muito feliz quando assim se manifestou acerca deste princípio:

*Por 'absoluta prioridade' devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em **primeiro lugar** na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens (Gomes da Costa, A. C.)*

Apenas acrescentaria que tal princípio, também, é dirigido à família, à comunidade e à sociedade em geral, e não apenas aos governantes, conforme será melhor enfatizado em seguida, no tópico intitulado a força vinculativa e os destinatários deste princípio.

Ocorre que, na qualidade de norma-princípio constante do texto constitucional, segue a mesma linha hermenêutica dos princípios constitucionais, baseado na ponderação dos valores, na dimensão de peso, daí a expressão absoluta ser um tanto quanto exagerada e impossível de ser cumprida, diante da relatividade imperante em tempos de pós-modernidade, mas necessária para enfatizar a preferência dos direitos fundamentais infanto-juvenis.

Advertindo da necessidade de coerência na interpretação dessa norma, CLÁUDIA VIEIRA MACIEL<sup>146</sup> assim escreve:

*Deve-se ressaltar, para que não haja equívocos na interpretação, que há circunstâncias onde deverá prevalecer a coerência, pois se uma criança chega a um hospital para uma consulta rotineira e lá se encontra um adulto com problemas que o colocam em risco de vida, deverá o adulto ser atendido primeiro.*

No exemplo supramencionado, os direitos fundamentais à vida e à saúde são valorados no caso concreto, e o primeiro cede lugar ao segundo, nessa situação particular,

<sup>145</sup> In Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16.

<sup>146</sup> In Criança...Socorrer em tempo, a nossa maior esperança de um mundo melhor, s.n.t.

porém continua presente o princípio da Prioridade Absoluta, conforme preconiza a nova hermenêutica dos princípios já tratada em tópico anterior.

No nosso dia-a-dia, é comum ouvir em discursos e ver a prática de atos acerca de alguns assuntos que são prioridades de tal ou qual órgão, entidade, pessoa etc. No âmbito do nosso ordenamento jurídico, há leis dispondo ser prioridade os processos que digam respeito a direitos dos idosos, os processos referente a réus presos, mandados de segurança. As mulheres grávidas, os idosos e os deficientes físicos têm prioridade no atendimento de serviço público ou privado. A economia, o combate à corrupção, a reforma agrária são prioridades de políticas públicas de um determinado governo.

No entanto, quando se trata de criança e adolescente, a palavra ‘prioridade’ é acompanhada do adjetivo ‘absoluta’ e está disposta no âmbito da Lei Maior, não em leis infraconstitucionais ou em políticas públicas governamentais, o que, por si só, já demonstra a relevância dos beneficiários dessa norma fundamental.

As razões, os fundamentos, as causas que justificam a adoção desse critério para com os direitos fundamentais infanto-juvenis são de diversas ordens, senão vejamos:

Primeiramente, adota-se tal critério, principalmente, para salvaguardar a perpetuação da espécie humana da forma mais saudável e harmônica possível, sendo histórico tal sentimento, uma vez que, em casos de catástrofes, as crianças são sempre socorridas em primeiro lugar e, em casos de violências praticadas contra elas, era, e ainda é, caso de comoção, revolta e abalo na sociedade.

Acresce-se a isso, o fato de que a personalidade de um indivíduo é formada na infância, o que levará para a vida adulta toda sua formação, com defeitos e vicissitudes, que

podem ser úteis ao bem comum ou não, fato este constatado pela psiquiatria, psicologia e todas as ciências que estudam a mente do homem.

Nesse sentido, escreveu SCHOPENHAUER<sup>147</sup> que *a sólida base de nossa visão do mundo e também o grau de sua profundidade são formados na infância. Essa visão é depois elaborada e aperfeiçoada, mas, na essência, não se altera.*

Somente esta diferença já justificaria tratamento diferenciado entre os direitos fundamentais de crianças e adultos, sem qualquer receio de ferir ao princípio da igualdade, em face do seu atual estágio que é material, e não simplesmente formal, manifestado na parêmia “pessoas iguais devem ser tratadas igualmente, pessoas desiguais devem ser tratadas desigualmente”.<sup>148</sup>

Existe, ainda, uma razão socioeconômica muito forte para justificar a existência dessa norma, pois quando se cuida e se protege os direitos infanto-juvenis, ter-se-á adultos e idosos conscientes dos seus direitos e obrigações, produtivos, não-violentos, o que leva um país ao crescimento, evitando e prevenindo gastos públicos e privados com saúde, segurança, assistência social, dentre outros.

Além disso, a escassez de recursos, de bens, é um fato, e como tal não pode ser olvidado, pois este representa o grande entrave para a efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais em sua plenitude. Diante dessa pouca abundância de recursos, a eleição de critérios é feita para fins de realização de Justiça, escolha essa que possui um fundamento, uma razão de ser nos valores ressaltados pela sociedade. A Prioridade Absoluta foi uma

---

<sup>147</sup> *Apud* Irvin D. Yalom. A cura de Schopenhauer. Trad. Beatriz Horta. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005, p. 46.

<sup>148</sup> Sobre o princípio da igualdade material e suas implicações nos direitos infanto-juvenis, veja-se artigo apresentado pela autora no XXI Congresso da Associação de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude, na cidade de Belo Horizonte, nos dias 25 a 28 de maio de 2006.

escolha criteriosa para realização de direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento, que representam o futuro da humanidade.<sup>149</sup>

Pode-se enumerar, também, como motivo a situação de inferioridade, dependência e desigualdade em que se encontram crianças e adolescentes perante os outros membros da sociedade, seja pela imaturidade, inexperiência, enfim, pela falta de desenvolvimento mental e físico completos, fragilidade que os torna vulneráveis a todo tipo de agressão e desrespeito.

Nesse sentido, merece transcrição as palavras do Professor de Sociologia da Universidade Pontifícia Comillas de Madrid VIDAL FERNANDEZ<sup>150</sup> acerca da relevância das crianças para a sociedade. Eis sua opinião:

*Nadie duda que la situación de los niños de hoy em España, em Europa y em el mundo es nuestro espejo. La infancia es nuestra anticipación de la vida y socialmente también los niños son el sujeto de anticipación de la sociedad. No solo porque la gran mayoría de ellos vayan a ver por delante nuestra sino que, por tratarse la infancia del sector más frágil y sensible a los cambios sociales, económicos y culturales, la vieja voz de <los niños primero> se cumple siempre: los niños son los primeros em sufrir la exclusión, la violencia y el sinsentido, antes incluso de que la sociedad llegue a percibir los cambios. Em ellos podemos descubrir los síntomas de situaciones latentes o advinientes. Por eso la infancia no solo es um campo temático de interés humanitário sino que es um lugar privilegiado desde donde observar y predecir la estructura y dinámica sociales. Se impone la necesidad de uma próxima y minuciosa vigilancia del estado de la infancia em todo el mundo y, especialmente es nuestra competencia, harcelo em nuestro país.*

As duas razões justificadoras apresentadas pelo sociólogo espanhol, a saber: as crianças e os adolescentes são a antecipação da sociedade, assim como também é a camada social mais frágil e débil, serve para todos os tipos de comunidade, já que em toda sociedade, independentemente da economia, da cultura, as crianças serão os adultos de amanhã, e hoje elas são a parte mais sensível da sociedade, onde se pode verificar facilmente todas as mazelas que assola os seres humanos.

---

<sup>149</sup> Interessante é a obra de Gustavo Amaral. Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>150</sup> In Jornadas sobre derecho de los menores. 2003, p. 37.

Observa-se que os motivos que autorizam essa escolha são de ordem social, econômica, histórica, antropológica, cultural, bastante forte e justa para o empreendimento de sua total, completa e irrestrita observação, por parte de todos que são destinatários da norma.

Nessas circunstâncias, muito bem caminhou o constituinte brasileiro de 1988, quando acatou a aclamação popular de colocar a Prioridade Absoluta dos direitos fundamentais infanto-juvenis no seu texto de forma expressa, pois tanto ouviu a opinião pública, o que confere legitimidade, como legou um grande instrumento de garantia para a sociedade presente e futura.

## 5.2 Força Normativa e Fundamentabilidade

É vontade da Constituição que a criança e o adolescente tenham Prioridade Absoluta, uma vez que o legislador constituinte fez constar expressamente numa norma com toda a carga deontológica que lhe é inerente, a saber: manda, permite e proíbe os seus destinatários.

Em razão disso, DALLARI<sup>151</sup> assim comenta o art. 4º, do Estatuto Infanto-Juvenil:

*O apoio e a proteção à infância e juventude devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades dos governantes. Essa exigência constitucional demonstra o reconhecimento da necessidade de cuidar de modo especial das pessoas que, por sua fragilidade natural ou por estarem numa fase em que se completa sua formação, correm maiores riscos.* (grifos nossos)

Diante da força normativa da Constituição, tal norma vincula todos a quem é dirigida, sob o manto da Supremacia da Constituição, sendo o descumprimento sancionado com a declaração de inconstitucionalidade do ato, seja a título de ação ou de omissão.

A Prioridade Absoluta para com os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes reproduz um sentimento de solidariedade humana comum em muitas sociedades modernas e, até antigas, porque as pessoas, nesta fase de idade, normalmente são poupadas de alguns atos ou são preferências em outros. Convém lembrar que, quando se quer explorar a compaixão de uma pessoa ou de determinado segmento da sociedade, utiliza-se de crianças e adolescentes para tal fim, pois tal sentimento aflora com mais rapidez e mobilidade.

No entanto, a verdadeira razão dessa exaltação à criança e ao adolescente é a urgência em seu atendimento. Trata-se de uma fase da vida que passa muito rápido e é muito

---

<sup>151</sup> In Munir Cury (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25.



curta, apenas dezoito anos, porém muito importante, responsável pela boa ou má formação dos adultos, dos homens do futuro.

Diante do que já vimos acerca dos princípios jurídicos, pode-se concluir que a Prioridade Absoluta, mencionada no texto da nossa Lei Maior, é um princípio constitucional, mas especificamente do tipo garantia, uma vez que preenche todas aquelas características de generalidade, gradualidade, indeterminabilidade e vinculatividade e com as funções de interpretação, integração, limitativa, diretiva e prescritiva.

Assim, na qualidade de princípio constitucional, a Prioridade Absoluta é uma norma que obriga e vincula a quem esta se dirija, de modo que seja atingido o seu objetivo, pois é a vontade da Constituição, Carta Magna que rege o nosso Estado Democrático de Direito.

A fundamentabilidade de determinado direito decorre do seu caráter essencial para o homem e para a sociedade, cujo fim é a preservação da dignidade da pessoa humana, respeitada sua liberdade e igualdade. Desta fundamentabilidade advêm algumas características, tais como: relatividade, historicidade, universalidade e inalienabilidade, conforme já destacado em capítulo anterior.

Registre-se, ainda, que se pode afirmar que a Prioridade Absoluta é um princípio de garantia fundamental, a despeito de não se encontrar no rol do art. 5º, da Carta Magna, uma vez que as garantias fundamentais têm um conceito materialmente aberto, conforme disposição expressa no parágrafo 2º do art. 5º, da CRFB, e são assim elegidos pelo Poder Constituinte originário, que tem por meta atender os anseios da sociedade.

Ademais, o mesmo dispositivo constitucional supramencionado afirma que são considerados direitos e garantias fundamentais os decorrentes dos tratados internacionais, do

qual o nosso país seja signatário. Tal princípio consta de Convenções e Declarações Internacionais devidamente ratificados pelo Brasil, conforme se verifica na análise dos precedentes históricos a seguir tratados.

Nessas circunstâncias, tal princípio tem proteção material própria dos direitos e garantias fundamentais, a saber, constitui *cláusula pétrea*, segundo o inteiro teor do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Ainda, possui caráter duplo de direito subjetivo e de direito objetivo, ou melhor, norma positivada em determinado ordenamento jurídico que confere direitos a determinadas pessoas que, por sua vez, podem exigir de alguém o seu cumprimento.

A fundamentabilidade também é outra razão que faz da Prioridade Absoluta um princípio constitucional, e não simplesmente uma regra, e como tal goza de prestígio superior dentro sistema normativo positivo consubstanciado na pirâmide hierárquica de Kelsen.

Corroborando tal entendimento, eis as palavras de STUMM<sup>152</sup>:

*Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, o salto dialético no estudo desse tipo de normas parece depender da consideração de que elas possuem duplo caráter. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.*

Neste diapasão, não resta qualquer dúvida de que a Prioridade Absoluta é um princípio jurídico constitucional de garantia fundamental, com força vinculativa aos seus destinatários, que deve ser efetivado por ser um dos valores humanos positivados na Constituição Federal de 1988 e, portanto, agora vontade desta também.

---

<sup>152</sup> *In* Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 155.

### 5.3 Precedentes Históricos

Não se tem registro, nas nossas Cartas Magnas anteriores, da existência desse princípio ou equivalente, sendo a atual Constituição Federal pioneira no reconhecimento de tão nobre e importante valor, o que fez no seu art. 227 com a seguinte redação:

*Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

Tal reconhecimento deu-se através de emenda popular com mais de dois milhões de assinaturas, que buscou traduzir a máxima do "superior interesse do menor" contida nos documentos internacionais, inscrevendo o legislador constituinte pátrio o princípio constitucional, no sentido de que o atendimento aos interesses da infância e da juventude deve ocorrer com absoluta prioridade.

No âmbito internacional, a Sociedade de Nações, precursora da atual ONU, adotou a primeira Declaração em que se reconheciam os direitos da criança no ano de 1924, conhecida como Declaração de Genebra. Tal Declaração, composta de cinco artigos, assentava as bases para o reconhecimento e proteção dos direitos da infância, além de cristalizar mudanças em relação à concepção sobre a autonomia e os direitos da criança e do adolescente. A Declaração de Genebra trazia à luz o importante conceito denominado *interesse superior da criança*, mais tarde retomado e desenvolvido pela Convenção de 1989.

Trinta e cinco anos depois, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, preconizou os direitos infanto-juvenis e destacou a superioridade dos interesses das crianças, embora ainda de forma tímida e não tão completa como se fez em 1989, uma vez

que se restringia ao direito fundamental à educação, e em caso de catástrofe, conforme se verifica em dois dos dez princípios constantes no texto:

*Direito à educação gratuita e ao lazer infantil.*

*Princípio VII*

*- A criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura geral e lhe permita - em condições de igualdade de oportunidades - desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral. Chegando a ser um membro útil à sociedade.*

*O **interesse superior** da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais.*

*A criança deve desfrutar plenamente de jogos e brincadeiras os quais deverão estar dirigidos para educação; a sociedade e as autoridades públicas se esforçarão para promover o exercício deste direito.*

*Direito a ser socorrido **em primeiro lugar**, em caso de catástrofes.*

*Princípio VIII*

*- A criança deve - em todas as circunstâncias - figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio.” (destaques acrescidos)*

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução L.44 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989<sup>153</sup>, tratou de forma aperfeiçoada e mais abrangente possível os direitos das crianças, destacando a preferência dos direitos infante-juvenis em seu art. 3º, que assim prescreve:

*Todas as ações relativas às crianças<sup>154</sup>, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, **primordialmente**, o interesse maior da criança.*  
(grifo nosso)

Este documento internacional, a despeito de datar do ano de 1989, portanto um ano depois da nossa CRFB ser promulgada, o que poderia nos levar a crer que a nossa Constituição Federal foi quem inspirou a Convenção Internacional, foi fruto da luta e estudo incansável por dez (10) anos a fio de representantes de quarenta e três estados-membros da

<sup>153</sup> A Assembléia Geral das Nações Unidas adotou, por unanimidade, a Convenção, que entrou em vigor no dia 2 de setembro de 1990, um mês depois de ter sido ratificada pelo vigésimo Estado. O Brasil firmou a Convenção em 26 de janeiro de 1990. A ratificação pelo Congresso Nacional veio em 14.09.1990, por meio do Decreto Legislativo n.º 28.

<sup>154</sup> O artigo 1º dessa mesma Convenção considera crianças as pessoas menores de 18 anos de idade.

Comissão de Direitos Humanos da ONU, atualmente tendo 192 países como signatários, ficando de fora apenas os Estados Unidos e a Somália.

Outros documentos internacionais de Direitos Humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e as Convenções Européia de Direitos Humanos e Americana sobre os Direitos Humanos ressaltam a proteção especial que deve ser dispensada à criança e ao adolescente.

Vê-se que a Infância e a Juventude é uma categoria social que tem sido objeto de estudo, de medidas normativas, de atenção especial, no âmbito internacional, pela relevância que apresentam.

Os órgãos e documentos internacionais têm promovido essa necessária atenção especial dos Estados aos direitos infanto-juvenis, internamente, servindo como instrumento para garantia desses direitos fundamentais, inclusive reconhecendo a necessidade da preferência dos direitos infanto-juvenis, como já exposto.

Em nível interno de outros países, verifica-se que as nações que ratificaram os documentos internacionais supramencionados, promulgaram códigos em que o princípio do interesse superior da criança e do adolescente é norma de orientação. Dentre eles, pode ser citado o art. 3º<sup>155</sup>, do Código da Criança e do Adolescente do Paraguai de 2001.

A Argentina, embora não tenha colocado na Constituição Federal o princípio da prioridade absoluta, o fez nas constituições das províncias.

---

<sup>155</sup> Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo.

#### 5.4 Regras concretizadoras do Princípio da Prioridade Absoluta

A norma constitucional garantidora dos direitos fundamentais de crianças e de adolescentes já existe, carece, agora, apenas de efetivação. A fim de imprimir uma maior efetividade ao princípio da Prioridade Absoluta, o legislador infraconstitucional editou regras prevendo algumas situações em que a Prioridade Absoluta deve ser observada.

Com o objetivo de regulamentar e concretizar o princípio constitucional em comento, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, em seu art. 4º, descreve quais os direitos fundamentais que devem ser garantidos com Prioridade Absoluta e quem deve garanti-los. Eis o texto em comento:

*Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, **com absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*

*Parágrafo Único - A **garantia de prioridade** compreende:*

- a) **primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;***
- b) **precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;***
- c) **preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;***
- d) **destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.**” (grifos acrescidos)*

Porém, este rol não é taxativo, mas apenas exemplificativo, pois são inúmeras as situações práticas em que a proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes merece atenção do intérprete ou aplicador do direito, entendido, aqui, no sentido mais amplo, incluindo qualquer pessoa, nos termos defendido por HÄBERLE em sua obra *Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*.

Conforme é sabido, a lei é débil como única fonte do direito, pois sendo fruto da atividade humana, esta é muito limitada e incapaz de prever todas as situações futuras, fazendo-se necessárias outras fontes do direito.

Esse pensamento é compartilhado por DALLARI<sup>156</sup>, que assim escreveu:

*Complementando as disposições constitucionais e as exigências do art. 4º, do Estatuto, foi acrescentado a este um parágrafo, enumerando alguns dos procedimentos indispensáveis para a garantia de prioridade exigida pela Constituição. Essa enumeração não é exaustiva, não estando, aí, especificadas todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e à juventude, nem todas as formas de assegurá-la. A enumeração contida nesse parágrafo representa o mínimo exigível e é indicativa de como se deverá dar efeito prático à determinação constitucional.*

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, abarcou a idéia, objeto do estudo, em nível internacional, após uma grande mobilização nacional, o que justifica a legitimidade e seriedade do princípio ora em exame.

Conseqüentemente, tal pensamento foi seguido pelo legislador infraconstitucional que, ao elaborar o Estatuto Infanto-juvenil, já previu algumas situações corriqueiras em que o princípio da prioridade absoluta deve ter aplicação, sem retirar a aplicação a outras situações não colocadas expressamente na lei.

---

<sup>156</sup> *Op. cit.* p. 26.

## 5.5 Destinatários da Norma e a Força Vinculativa

Diante do caráter normativo, que atualmente impregnam os princípios, não se tem mais qualquer dúvida de que eles obrigam os destinatários, deixando de prevalecer aquela velha idéia de que os princípios são meras orientações, conselhos, sem força vinculativa.

De um modo geral, os princípios constitucionais têm como destinatário certo o Poder Público e também os particulares. Todos estão obrigados a observar os princípios no nosso ordenamento jurídico, pelo que se tem afirmado o também caráter horizontal destes, e não só vertical como sói acontecer em tempos idos.

Tal idéia não é a única existente, pois juristas como KELSEN e ROSS entendem que a norma jurídica é dirigida, destinada, diretiva para o juiz, único capaz e competente para aplicar a norma, visão essa extremamente reducionista.

ROSS<sup>157</sup> afirma que *uma medida legislativa que não encerre diretivas para os tribunais só pode ser considerada como um pronunciamento ideológico-moral sem relevância jurídica*. O jurista escandinavo considera ainda que as normas dirigidas aos particulares são normas derivadas ou normas em sentido figurado, uma vez que está implícito que o não-cumprimento ensejará reações por parte dos tribunais.

Não concordando com tal idéia juspositivista de forma plena, pois se entende que as normas jurídicas são dirigidas para os tribunais e também para os demais órgãos públicos, assim como para os particulares, aplaude-se o legislador constituinte que, de forma expressa, mencionou os destinatários do princípio da Prioridade Absoluta.

---

<sup>157</sup> *In* Direito e Justiça, p. 57.



Quanto aos destinatários da norma que prevê a “Prioridade Absoluta”, a Constituição Federal de 1988 é clara, neste sentido, ao dispor em seu art. 227, *caput*, que é obrigação do Poder Público, da sociedade e da família a observância do princípio da Prioridade Absoluta no trato dos direitos fundamentais das crianças e do adolescente.

Na esteira dessa nova ordem, o Estatuto da Criança e do Adolescente também afirma que é dever do Poder Público, da sociedade, da comunidade e da família priorizar as suas crianças e seus adolescentes.

Inadvertidamente, alguns estudiosos do assunto afirmam existir uma ordem hierárquica na disposição dos obrigados, cabendo, em primeiro lugar, à família, em segundo, à sociedade e, por último, ao Estado resguardar e promover os direitos das crianças e adolescentes.

Nesse sentido, eis o comentário de LIBERATI:<sup>158</sup>

*O art. 4º praticamente transcreve o art. 227 da CF, que determina que, primeiro, a família e, supletivamente, o Estado e a sociedade têm o dever de assegurar, por todos os meios, de todas as formas e com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes a constituição de um homem civilizado.*

Não concordando com tal posicionamento, nem se conseguindo enxergar um fundamento para a existência de tal hierarquia, de outro lado, defende-se a idéia de que cabe a todos solidária e indistintamente garantir os direitos fundamentais dos jovens, na medida da necessidade que o caso apresente, em regime co-responsabilidade. Cada um dos obrigados deve agir ao seu tempo, a sua hora, o que pode dá-se de forma concomitante.

Aliás, fala-se no “princípio do atendimento compartilhado” ou “princípio da responsabilidade concorrente,” que consiste na inexistência de hierarquia quanto aos obrigados enumerados na norma.

---

<sup>158</sup> In Comentários ao Estatuto da Criança e do adolescente. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16.

A propósito, compartilha dessa opinião CLÁUDIA VIEIRA MACIEL<sup>159</sup>:

*E como bem estabelece a lei, a responsabilidade coloca o Poder Público sob a mesma ordem de responsabilidade da família e da sociedade. E aqui, merece especial atenção, pois ao mesmo tempo que coloca o Poder Público sob a determinação, coloca a sociedade também na função de fiscalizar para o total cumprimento do que assim dispõe o artigo.*

Corroborando com este entendimento, DALLARI<sup>160</sup> assim escreve:

*Essa exigência também se aplica à família, à comunidade e à sociedade. Cada uma dessas entidades, no âmbito de suas respectivas atribuições e no uso de seus recursos, está legalmente obrigada a colocar entre seus objetivos preferenciais o cuidado das crianças e dos adolescentes.*

Desta feita, os destinatários da norma são o Legislativo, o Executivo, o Judiciário, o Ministério Público e os particulares, sem qualquer ordem hierárquica de atuação, e sim todos conjuntamente, cada um na medida e no tempo do seu âmbito de responsabilidade.

Para aqueles que entendem que a família é a primeira destinatária do princípio, pode-se até concordar, quando tiver o sentido de que a família é a primeira relação social do indivíduo, é o início de intensa vida social que aguarda a pessoa. Doutra forma, não tem como prevalecer tal entendimento.

Acerca do Ministério Público como destinatário, o Procurador de Justiça OLÍMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO<sup>161</sup>, em tese intitulada “O Ministério Público e a prioridade absoluta para a infância e a juventude”, defendida no XV Congresso Nacional do Ministério Público – O Ministério Público e a cidadania plena, ocorrido na cidade do Recife, em 2001, assim se pronunciou:

*Em razão exatamente disto (e do significado da matéria infância e juventude para o tema "O Ministério Público e a Cidadania Plena") é que se quer colher manifestação dos participantes do Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Paraná (e do XIV Congresso Nacional do Ministério Público) no sentido*

<sup>159</sup> *In*: Criança...Socorrer em tempo, a nossa maior esperança de um mundo melhor, *s.n.t.*

<sup>160</sup> *Op. cit.* p. 25

<sup>161</sup> Neste mesmo sentido, leia-se o artigo de Cristiano Chaves de Farias: A defesa da Infância e Juventude: prioridade absoluta para o Ministério Público.

*de que, evidentemente, também ao Ministério Público se aplica, até com maior rigor, o princípio da prioridade absoluta, seja em razão de sua incumbência genérica de ser o defensor do povo, atuando de modo a "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II, CF), seja em decorrência de sua atribuição específica da promoção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados às crianças e adolescentes (art. 201, do ECA).*

Quanto à força vinculativa desse princípio-garantia, registre-se que a norma constitucional não deixou margem para os seus destinatários eleger tal ou qual direito, pois foi categórico ao afirmar que os direitos fundamentais infanto-juvenis são Prioridade Absoluta.

A propósito, eis novamente o pensamento de DALLARI:<sup>162</sup>

*A par disto, é importante assinalar que não ficou por conta de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes. Reconhecendo-se que eles são extremamente importantes para o futuro de qualquer povo, estabeleceu-se como obrigação legal de todos os governantes dispensar-lhes cuidados especiais.*

Diante da função prescritiva desta norma de garantia de direito fundamental, desnecessário faz-se qualquer complementariedade, uma vez que ela é suficiente para alcançar os seus fins.

---

<sup>162</sup> *Op. cit.* p. 25.

## 5.6 Aplicabilidade da Prioridade Absoluta

Neste tópico, pretende-se verificar a possibilidade (eficácia jurídica) e a efetividade (eficácia social) de produção de efeitos jurídicos da norma jurídica “Prioridade Absoluta”, estudado, aqui, como um princípio constitucional de garantia fundamental dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Conforme mencionado no capítulo três, ao se estudar a eficácia das normas constitucionais, uma norma constitucional tem validade, vigência e eficácia. Além disso, tem a legitimação, como fundamento da mesma.

O princípio da Prioridade Absoluta possui validade e vigência já que se encontra no texto constitucional válido e vigente. A eficácia ou aplicabilidade deste princípio também se encontra presente, principalmente a eficácia jurídica, carecendo, às vezes, de eficácia social sob o fundamento da escassez de recursos por parte do Estado, da ilegitimidade *ad causam* do autor da ação, da discricionariedade de ações do Poder Executivo, da impossibilidade do juiz legislar, o que se verificará em algumas decisões abaixo transcritas.

A escassez de recursos para a efetividade de direitos fundamentais prestacionais tem sido o maior motivo, hoje, para justificar o constante desrespeito a tais direitos. Não se pode deixar de reconhecer que, em países periféricos, a escassez de recursos é um fato que realmente deve ser levado em consideração no momento de efetividade dos direitos fundamentais.

Em razão desse fato, tem-se a Prioridade Absoluta como critério de desempate para realização da justiça, já que a universalização dos direitos humanos não é possível nem viável na prática, embora defendida teoricamente.

A dificuldade de se escolher critérios para se fazer justiça é patente, e alguns juristas que tentaram atingir esse fim não obtiveram êxito na empreitada, conforme constatou KAUFMANN<sup>163</sup>, oportunidade em que cita a teoria de RAWLS do princípio ético de prioridade. O autor alemão é enfático quanto à constante necessidade de se encontrar regras de prioridade ou prevalência entre os diferentes valores, interesses, princípios ou argumentos.

No entanto, tem-se verificado que quando se trata de direito fundamental à saúde, a “Prioridade Absoluta” é ressaltada e devidamente observada, no âmbito da atuação judicial, conforme se verifica da decisão da 1ª Turma do STJ abaixo transcrita:

*EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.*

*1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.*

*2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente:*

*"Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. "*

*"Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde."*

*3. Violação de lei federal.*

*4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação*

---

<sup>163</sup> *Op. cit.*, p. 243/279.

*sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.*

*5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.*

*6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.*

*7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.*

*8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.*

*9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.*

*10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.*

*11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.*

*12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.*

*13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito. (Processo: RESP*

577836/SC; RECURSO ESPECIAL 2003/0145439-2. Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 21/10/2004. Data da Publicação/Fonte. DJ 28.02.2005 p. 200)

A “Prioridade Absoluta” também é invocada para enfatizar o princípio processual da instrumentalidade, informalidade e celeridade do processo, que consubstancia o direito fundamental de acesso à justiça, conforme se verifica na decisão abaixo transcrita:

*EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OITIVA INFORMAL. NOTIFICAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. ART. 79, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.069/90.*

*1. O art. 179, parágrafo único, do ECA não impôs uma formalidade para a realização da notificação dos responsáveis legais para a oitiva informal, todavia em conformidade com os princípios da proteção integral e prioridade absoluta o ato deve ser efetuado da forma mais rápida e eficaz possível.*

*2. Nada impede, assim, que, na impossibilidade de haver a notificação pelo órgão ministerial, conforme a previsão do parágrafo único do referido artigo, possa requerer a diligência ao Judiciário, uma vez que, conforme ressaltado, a lei informalizou o referido trâmite, em benefício da agilidade. Todavia, o Parquet deve demonstrar a incapacidade de notificar ou a necessidade da intervenção do Judiciário, que nem sempre pode ser célere pelo excesso de processos em andamento. Tais circunstâncias, contudo, não se encontram evidenciadas na espécie.*

*3. Recurso especial desprovido. (Processo RESP 650564 / SC; RECURSO ESPECIAL 2004/0047036-7 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 28/09/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 25.10.2004 p. 384).*

Em outros casos, fora da questão saúde propriamente dita, vê-se que os Tribunais têm atribuído a natureza programática da norma constitucional como fundamento para indeferimento do direito, senão vejamos no acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, abaixo transcrito:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MENOR VÍTIMA DE VIOLÊNCIA OU EXPLORAÇÃO SEXUAL - ATENDIMENTO EM PROGRAMA SOCIAL - DEVER DO PODER PÚBLICO NA MEDIDA DE SUAS POSSIBILIDADES.*

*1. O atendimento social à criança ou adolescente vítima de violência ou exploração sexual decorre de meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades, sendo, portanto, desejável, e não, exigível, a imediata assistência a todos os menores sofreadores desses abusos. O fato*

*de o Município não estar conseguindo atender a demanda de crianças e adolescentes que precisam dessa assistência não significa, por si só, que a prioridade absoluta estatuída no art. 227 da Constituição Federal, e pormenorizada no Estatuto da Criança e do Adolescente, esteja sendo desconsiderada. Afinal essa priorização se estende a todos os campos das necessidades humanas, v.g. a saúde, a educação, o lazer, a proteção dos órfãos e abandonados etc.*

*2. O estabelecimento de políticas sociais derivadas de normas programáticas situa-se no âmbito do poder discricionário do Administrador Público, sendo vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que balizam as prioridades elencadas pelo Poder Executivo. (Acórdão: Apelação Cível 2004.021820-6 Relator: Des. Luiz César Medeiros. Data da Decisão: 28/09/2004).*

O mesmo se dá quando se trata do direito fundamental à educação, em que a programaticidade da norma é destacada como razão para impedir o resguardo do direito fundamental pela via judicial, conforme se vê da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL - OBRIGAÇÃO DE MATRÍCULA DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR.**

*1. A disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.*

*2. No âmbito do Município, o direito público subjetivo preconizado no §1º do art. 208 da Lex Mater, consistente no 'poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objetivo um bem ou um interesse' (George Jellinek, apud José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993. V. 8. p. 4.414), somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental.*

*3. Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa” (ACMS n.º 2002.006812-3, Des. Luiz César Medeiros; REsp n.º 503.028, Min. Eliana Calmon). Acórdão: Apelação Cível 2003.029803-7 Relator: Des. Newton Trisotto. Data da Decisão: 31/08/2004.*

A mais alta Corte de Justiça do nosso país, o Supremo Tribunal Federal, sinalizou no sentido de ver concretizado o princípio da Prioridade Absoluta dos Direitos Fundamentais Infante-Juvenis, ao decidir pelo reconhecimento do direito à educação infantil de crianças, embora sem fazer menção expressa a prioridade absoluta, nos seguintes termos:

**E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO**



MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal. - **A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.** - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 22.11.2005. RE-AgR 410715 / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 22/11/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 Parte(s) AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ ADV.(A/S): JOÃO GUILHERME SOUSA DE ASSIS AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Com esses poucos exemplos de decisões judiciais, verifica-se que o princípio da Prioridade Absoluta, vontade da sociedade e da Constituição, não está sendo “levado a sério” pelos seus destinatários, uma vez que outros interesses são colocados à frente dos direitos fundamentais infanto-juvenis, em total desrespeito ao critério elegido como prevalecente, porém, vislumbrando-se uma modificação de pensamento com a decisão do STF no ano passado.

Observa-se, ainda, que uma norma jurídica possui diferentes graus de aplicabilidade, eficácia social, reconhecimento, existindo na doutrina a divisão das normas em dois ou três tipos, conforme o grau de aplicação, visto no capítulo terceiro.

No entanto, uma norma jurídica possuirá um grau maior de aplicabilidade quanto maior for o sentimento jurídico por parte das pessoas que estão a ela vinculadas, que são obrigadas a obedecer, sendo este elemento psicológico essencial para a eficácia social da norma.

A propósito, eis as palavras de KAUFMANN<sup>164</sup> que expressa muito bem a validade do direito:

*Realmente, é indubitável que existem diversos graus de vigência... É todavia também indubitável que a probabilidade de cumprimento do direito é máxima quando ele é reconhecido ao nível da consciência das pessoas juridicamente obrigadas. É certo que, freqüentemente, nós teremos e poderemos conformar-se com um grau mínimo de vigência, mas é juspoliticamente da maior importância que o direito se constitua de modo a ser aceite pela consciência, de forma ótima, como obrigatório.*

Neste contexto e diante de tudo que foi visto e analisado no presente trabalho, a relevância, fundamentabilidade, essencialidade do princípio da Prioridade Absoluta dos direitos fundamentais infanto-juvenis é óbvia, clara, transparente, cristalina para o presente e futuro da humanidade, quiçá o passado também, em razão da historicidade do direito.

Assim, precisamos entender, refletir, pensar, sentir e agir este princípio como uma das formas de salvaguardar uma sociedade futura próspera, mais justa e menos discriminante e violenta, como a que se vive atualmente.

Todos que estão vinculados, obrigados a obedecer o princípio da Prioridade Absoluta, e os destinatários deste princípio, precisam tomar consciência, sentir e refletir da

---

<sup>164</sup> *Op. cit.*, p. 292/293.

importância da Prioridade Absoluta, como forma de fazê-la eficaz, e assim se atingir uma sociedade mais justa e menos violenta

## 6 CONCLUSÃO

A criança e o adolescente, como sujeito de direitos que são, merecem tratamento especial e diferenciado dispensados pelo Estado, pela família e pela sociedade, pelas particularidades que essa fase da vida representa, desde a fragilidade até a efêmera passagem da mesma, com repercussões decisivas no presente e futuro de uma nação.

Tal relevância foi reconhecida em nível internacional e nacional, ao se atribuir prioridade absoluta na satisfação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, critério escolhido como o de melhor justiça para a humanidade. No Brasil, a prioridade absoluta dos direitos fundamentais infanto-juvenis foi constitucionalizada, de modo a conferir força, superioridade, inafastabilidade ao princípio-garantia.

Ora, a Constituição, como carta política de um país, como o cérebro de um Estado de Direito, possui várias funções, dentre elas destaca-se a função garantista de princípios justos e juridicamente vinculantes. Conseqüentemente, as normas constitucionais têm força normativa por encontrarem inseridas nas normas das normas e por possuírem legitimidade, devendo-se todos pugnar pela sua eficácia jurídica e social e, assim, ver a força normativa da Constituição.

No entanto, é importante registrar que a prioridade absoluta recai sobre direitos fundamentais infanto-juvenis, e não sobre qualquer outro direito, pois se assim o fosse não se poderia entender como critério de escolha feito para fins de se atingir um ideal de justiça.

Tal se verifica porque os direitos fundamentais são direitos essenciais à dignidade da pessoa humana, que podem estar ou não consubstanciados em normas jurídicas, já que

antecedem a essa, e despontam com superioridade em relação aos demais direitos que não são fundamentais.

Pela importância que se revestem, normalmente, os direitos fundamentais se consubstanciam em normas constitucionais, e em razão desta posição na teoria das fontes do direito, adquirem as funções, garantias e força normativa da Constituição onde se encontram.

Hodiernamente, o reconhecimento dos direitos fundamentais deixou de ser o ponto nevrálgico em tempos de pós-modernidade, situando-se o problema na concretização dos direitos fundamentais, em face da limitação de recursos, com a conseqüente necessidade de se estabelecer critérios de preferência etc.

Por isso, os direitos e garantias fundamentais frequentemente são anunciados em normas do tipo princípios, uma vez que são os valores reconhecidos pela sociedade como merecedores de valoração superior em dado momento.

A Prioridade Absoluta constitui um princípio constitucional, mas especificamente de garantia fundamental, seja pela sua localização dentro do ordenamento jurídico seja pelo valor que possui para a sociedade, constituindo um instrumento valioso para a defesa dos direitos fundamentais infanto-juvenis.

Além disso, a Prioridade Absoluta também constitui um critério utilizado pelo legislador constituinte para promover a eficácia dos direitos fundamentais infanto-juvenis, estes como categoria de pessoas mais vulneráveis e imprescindíveis para a perpetuação da humanidade, bem como para o desenvolvimento de um país.

Tal critério poderia ser atacado por afrontar o princípio da igualdade entre todos os homens, o que de fato não acontece, já que a expressão atual da isonomia dá-se em sua

forma material, e não apenas formal, como aconteceu em tempos idos, transfigurado na expressão aristotélica “tratar desigualmente os desiguais”.

Finalmente, resta evidente e oportuna a escolha da Prioridade Absoluta dos direitos fundamentais infanto-juvenis por tudo o que eles representam para a humanidade, restando necessário, nesse momento, apenas a sua efetivação, o que se atingirá com o reconhecimento por todos os destinatários da relevância e benefícios que a concretização dessa norma trará, atingido com o sentimento de amor, única maneira de, verdadeiramente, se atingir no âmago a realização da Prioridade Absoluta.

**REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS**

BRASIL, SANTA CATARINA. STJ. Processo: RESP 577836/SC; RECURSO ESPECIAL 2003/0145439-2. Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 21/10/2004. Data da Publicação/Fonte. DJ 28.02.2005 p. 200.

BRASIL, SANTA CATARINA. STJ. Processo RESP 650564 / SC; RECURSO ESPECIAL 2004/0047036-7 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 28/09/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 25.10.2004 p. 384.

BRASIL, SANTA CATARINA. TJSC. Acórdão: Apelação Cível 2004.021820-6 Relator: Des. Luiz César Medeiros. Data da Decisão: 28/09/2004.

BRASIL, SANTA CATARINA. TJSC. ACMS n.º 2002.006812-3, Des. Luiz César Medeiros; REsp n.º 503.028, Min. Eliana Calmon). Acórdão: Apelação Cível 2003.029803-7 Relator: Des. Newton Trisotto. Data da Decisão: 31/08/2004.

BRASIL, SÃO PAULO. STF. RE-AgR 410715 / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 22/11/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 Parte(s) AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ ADV.(A/S) : JOÃO GUILHERME SOUSA DE ASSIS AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. RT .n. 798, p. 23-50, abril de 2002.
- ALEXY, Robert e BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho e moral*. Trad. Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1996.
- ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004.
- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1996.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Recursos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BARRAGAN, Julia. *Qué significa tomar los derechos humanos en serio*. Telos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, p. 79-89, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e terra, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. – Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.



COMPARATO, Fábio Konder. *Réquiem para uma Constituição*. <http://www.femperj.org.br/artigos/cons/ac18.htm>. Acesso em 17.10.2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CURY, Munir *et all* [coord.]. *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DELLA CUNHA, Djason Barbosa. *Crise do direito e da regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos: modernidade e globalização*. Porto Alegre: SAFe, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor. 2000.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A defesa da Infância e Juventude: prioridade absoluta para o Ministério Público, s.n.t.*

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FLEINER, Thomas. *O que são Direitos Humanos?* Trad. Andressa Cunha Curry. São Paulo: Max Limonad, 2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GÁLVEZ, Iñigo Álvarez. *Sobre el carácter irrenunciable de los derechos humanos*. In Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, n 05-2002.

GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto el'interpretazione*. Milano: Giuffré, 1993.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002.

HANS, Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora líder, 2002.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel E. e NARROS MAYORAL, Ignacio V. (Coords.). *Jornada sobre derecho de los menores*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITE, George Salomão (org). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MACIEL, Claudia Vieira. *Criança...Socorrer em tempo, a nossa maior esperança de um mundo melhor, s.n.t.*

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.

- MORAES, José Diniz. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos fundamentais*. São Paulo; Atlas, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- PIOVESAN, Flávia (Coord). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- POZOLLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – Teoria e prática do Direito Internacional*. São Paulo: Renovar, 2003.
- RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RIBEIRO Jr., João. *Elementos e evolução do Direito Constitucional brasileiro*. Campinas: Edcamp, 2002.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada: pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, André Luiz Lopes dos e ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). *A gramática dos direitos humanos. Direito e Política nos marcos da interdisciplinariedade*. Campinas: Edicamp, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHAFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios*. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

TELES JUNIOR, Goffredo. *Direito Quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

UNICEF. Situação Mundial da infância 2003

UNICEF. Situação da adolescência brasileira.

UNICEF. Situação Mundial da infância 2006: excluídas e invisíveis.

UNICEF. Situação da infância brasileira: crianças de até 6 anos – o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento. 2006.

VIDIGAL, Edson. Pronunciamento feito no dia 05.10.2004, às 15h, no STJ, quando do primeiro encontro oficial da comissão encarregada de estudar a criação de varas especializadas em questões agrárias, veiculado no site [www.stj.gov.br/noticias](http://www.stj.gov.br/noticias).

YALOM, Irvin D. *A cura de Schopenhauer*. Trad. Beatriz Horta. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)